

UiO : **Det juridiske fakultet**

Vernetings og rettsvalg ved oppløsning av internasjonale ekteskap i Norge.

I hvilke tilfeller vil det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene bli behandlet av norske domstoler, og i hvilke tilfeller vil norsk rett bli lagt til grunn.

Kandidatnummer: 703

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 15 461



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Den norske internasjonale privatretten	2
1.4	Rettskildene	3
2	EUROPEISKE FORORDNINGER OG DEN NORDISKE FAMILIERETTSLIGE KONVENSJONEN	4
2.1	Konvensjonene og forordningenes relevans i norsk internasjonal privatrett	4
2.2	Den nordiske familierettslige konvensjon av 1931	6
2.3	De europeiske forordninger på familierettens område	6
3	HENSYN, KRYSSSENDE INTERESSER OG AVVEININGER	11
3.1	Personalstatuttet	11
3.1.1	Statsborgerprinsippet	11
3.1.2	Domisilprinsippet	12
3.1.3	Résidence habituelle	13
3.1.4	Irma Mignon-formelen	14
3.2	Tilknytningskriteriet, kvalifikasjon og rettsvalg	17
3.2.1	Tilknytningskriteriet	17
3.2.2	Kvalifikasjon og kvalifikasjonskonflikt	18
3.2.3	Rettsvalg	20
4	VERNETING	21
4.1	De alminnelige vernetingsregler	21
4.2	Ekteskapsloven og de spesielle vernetingsregler	22
4.3	Når kan en ekteskapssak anlegges i Norge?	24
4.4	Vernet ing etter ekteskapsloven §30c	26
5	DEN NORSKE RETTSVALGREGEL OM FØRSTE FELLES BOSTED FOR ETABLERING AV FORMUESORDNINGEN	26
5.1	Hovedregelen om første felles bopel	26
5.1.1	Tilfeller hvor det ikke foreligger ”første felles bopel”	27
5.2	Uforanderlighetsprinsippet for den allerede etablerte formuesordning	29
5.2.1	Uforanderlighetsprinsippet begrunnelse og hensiktsmessighet	30
5.2.2	Den nordiske familierettskonvensjonen og uforanderlighetsprinsippet	31

5.2.3	Gjelder uforanderlighetsprinsippet ubetinget?	32
5.3	Ektefellenes adgang til å inngå rettsvalgsavtaler	35
6	VURDERING AV GJELDENE RETT, BEHOV FOR LOVGIVNING OG HARMONISERING MED EU-RETTE	39
6.1	Er domisilprinsippet den beste rettsvalgregelen for formuesordningen?	39
6.2	Vurdering av vernetingsreglene	41
6.3	Behovet for lovfesting av gjeldende rett	42
6.4	Behov for ensartede regler med Europa	43
	LITTERATURLISTE	46

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Vi lever i en verden hvor avstandene blir stadig mindre og folk beveger seg mer og mer over landegrensene. Også for nordmenn har det blitt mer vanligere å studere og jobbe i utlandet, og ferievanene har endret seg. Mennesker med ulike bakgrunn flytter, møtes, og noen finner kjærligheten utenlands og gifter seg. Når et ekteskap hvor *”partene, den ene eller begge, har – eller har hatt – tilknytning til et utland”*¹ inngås, tales det gjerne om et ”internasjonalt ekteskap”.

En virkning av et gyldig ekteskap er at ektefellene blir underlagt en formuesordning. Med formuesordning menes hvordan det økonomiske forholdet mellom ektefellene er ordnet i ekteskapet. Dersom et par gifter og bosetter seg i Norge, er det norsk rett, og den norske formuesordningen som blir lagt til grunn. Ekteskapsloven² benytter begrepene ”felleseie” og ”særeie”. Felleseie inntreer automatisk når partene gifter seg, med mindre de ved ektepakt har avtalt at de skal ha helt eller delvis særeie. Så lenge ekteskapet består, er særeieordningen så å si uten virkning, men ved ekteskapets opphør skal det holdes utenfor deling.³ Det er altså først ved ekteskapets opphør og ved det økonomiske oppgjøret at formuesordningens virkninger vil inntre.

Når et internasjonalt ektepar med en tilknytning til flere stater enn Norge ønsker å skille seg, oppstår spørsmålet om tilknytningen til Norge er av en slik karakter at saken kan anlegges for de norske domstolene. Dette er et spørsmål om i hvilke tilfeller norske domstoler er rette verneting, og vil bli behandlet nærmere under kapittel 4.

Forutsatt at norske domstoler er rette verneting, må det tas stilling til hvilket lands rett som skal anvendes på ektefellenes økonomiske oppgjør. For et ektepar som alltid har bodd i Norge, er dette uproblematisk. De er underlagt norsk formuesordning, og det økonomiske oppgjøret skal følgelig foretas etter ekteskapsloven. For et ektepar som tidligere har bodd i et eller flere andre land, oppstår derimot spørsmålet om hvilket lands formuesordning som skal legges til grunn. Er de fremdeles underlagt en fremmed stats formuesordning, eller har de gått over til norsk formuesordning, slik at denne blir lagt grunn ved skilsmisseoppgjøret?⁴

¹ Thue (2002) s. 393.

² Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47 (forkortet el.)

³ El. §42.

⁴ Thue (2002) s. 391

Når domstolene skal ta stilling til hvilket lands rett som skal anvendes på ektefellenes økonomiske oppgjør, må de foreta et rettsvalg. For internasjonale ekteskap kan man for formuesordningen operere med objektive og subjektive tilknytninger. Objektive kriterier er tilknytningene en stats internasjonale privatrett har for rettsvalg vedrørende ektefellers formuesordning, og som regel vil dette være hjemlandsretten. Om hjemlandsretten er domisillandets eller statsborgerlandets rett, varierer imidlertid fra stat til stat.⁵ Hva som legges i begrepene ”domisillandets” og ”statsborgerskapets” rett, og hvilken tilknytning som er lagt til grunn i norsk rett vil jeg gjøre nærmere rede for under hhv. kapittel 3 og 5.

De subjektive tilknytningene er når ektefellene har inngått en rettsvalgsavtale.⁶ En rettsvalgsavtale er en avtale mellom ektefellene om hvilket lands rett som skal komme til anvendelse på deres økonomiske oppgjør ved en skilsmisse. Ektefellene avtaler seg med andre ord bort fra gjeldende formuesordning. Hvorvidt det etter norsk gjeldende rett er adgang til å inngå slike rettsvalgsavtaler, vil bli behandlet under kapittel 5.

1.2 Avgrensning

Av hensyn til oppgavens omfang har jeg valgt å avgrense mot reglene om anerkjennelse i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Videre har jeg valgt å avgrense mot selve skifteoppgjøret. Jeg vil heller ikke ta for meg økonomiske spørsmål som kan oppstå i forhold til tredje personer samt underhold.

1.3 Den norske internasjonale privatretten

Internasjonal privatrett er betegnelsen på reglene som blir anvendt når en tvist med tilknytning til flere stater oppstår. Det ”internasjonale” aspektet er altså tilknytningen til flere stater, og ikke at det er en privatrett som stammer fra internasjonale kilder.⁷

Dersom et saksforhold med tilknytning til flere stater blir anlagt for norske domstoler, må norske vernetingsreglene anvendes for å avgjøre om domstolene er stedlig kompetente til å behandle saken. Stedlig kompetanse og verneting er det samme, og angir i hvilken rettskrets en sak kan reises. Saksforholdet må ha en tilknytning til Norge for at den skal kunne anlegges for de norske domstolene. Hvilken tilknytning som kreves, er angitt i vernetingsbestemmelsene.

⁵ Thue (2002) s.392.

⁶ Thue (2002) s.392.

⁷ Cordero-Moss (2013) s. 19.

Etter at riktig vernetting er avklart, gjenstår spørsmålet om hvilket lands rett som skal anvendes. Domstolene anvender da de norske rettsvalsreglene for å avgjøre om det er norsk eller en annen stats rett som skal legges til grunn.

1.4 Rettskildene

Etter tradisjonell norsk metodelære er lovteksten den primære rettskilden. Norsk internasjonal privatrett er imidlertid ulovfestet, og det er derfor ingen relevante lovtekster i norsk rett når det gjelder rettsvalgsspørsmålet. Når det gjelder vernetingsspørsmålet, er det lovfestede regler både i tvisteloven og i ekteskapsloven, som jeg vil gjøre nærmere rede for under kapittel 4.

En annen sentral rettskilde er lovens forarbeider. Jeg vil vise til både skiftelovens og tvistelovens forarbeider. Det foreligger ingen forarbeider til ekteskapsloven som tar for seg forholdet til den internasjonale privatretten, og jeg vil derfor vise til forarbeidene til ny arvelov som tar opp dette emnet under et eget kapittel ”internasjonal privatrett”. Forarbeidene til ny arvelov klargjør for eksempel begreper som ”domisil” og ”résidence habituelle”, som er generelle begreper som har den samme betydningen i den internasjonalprivatrettslige arve- og familieretten. Det er dessuten interessant å se hvilke hensyn lovgiver legger til grunn når de foretar endringer i gjeldende lov for å tilpasse våre norske arveregler til den internasjonale privatretten. Mange av de samme hensynene kan nok gjøre seg gjeldende når ekteskapsloven skal revideres, og det kan derfor gi en pekepinn på hvordan rettsutviklingen innen familieretten vil være.

Norsk internasjonal privatrett er som nevnt ulovfestet, og lovvalgsregelen om hvilket lands rett som skal komme til anvendelse på det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene er en sedvanerettsregel. Jeg vil derfor vise til Boman Hansen-dommen som ”dannet grunnlaget for denne læren”, og andre dommer som er ansett som viktige for den norsk internasjonal privatrett. I motsetning til erstatningsretten og de mange avgjørelsene i Høyestestett som utviklet norsk erstatningslære, som også er sedvanerett, er det i norsk rettspraksis *”forbausende nok svært få eksempler på lovvalgsspørsmål i saker om økonomiske forhold mellom ektefeller.”*⁸

Ettersom det foreligger få avgjørelser hvor rettsvalsregelen er behandlet, og den heller ikke er lovfestet, har jeg i stor grad benyttet meg av juridisk litteratur i avhandlingen. Juridisk litteratur har liten vekt som rettskilde, men som Eckhoff skriver i sin bok ”Rettskildelære”, øver den likevel *”ganske stor faktisk innflytelse i rettslivet.”*⁹

⁸ Strøm Bull, TFR-1993-525 s. 526.

⁹ Eckhoff (1997) s. 270.

På bakgrunn av den internasjonale privatrettens overordnede formål om en enhetsløsning, er det naturlig at norsk rett også vender blikket ut mot resten av verden, og da særlig de landene vi har sterkest kontakt med. På bakgrunn av dette må *”utenlandsk rett tillegges betydelig vekt, herunder særlig EU retten og IPR i andre europeiske land. Først og fremst må dette gjelde på ulovfestede og/eller uavklarte rettsområder. Det vil også være nærliggende å se hen til utenlandske erfaringer på områder der det ikke foreligger et internasjonalt lovgivningssamarbeid.”*¹⁰ Det er særlig EUs forordninger som har rettskildemessig vekt, men også Grønnbøkene må tillegges stor betydning som den skrevne fornuft (ratio scripta).¹¹

2 Europeiske forordninger og den nordiske familierettslige konvensjonen

2.1 Konvensjonene og forordningenes relevans i norsk internasjonal privatrett

På bakgrunn av den økende globaliseringen og tettere samarbeid med resten av verden, er det naturlig for norsk rett å vende blikket ut mot resten av verden på det internasjonalprivatrettslige området. Det største internasjonalprivatrettslige samarbeidet er Haagkonferansen med sine 77 medlemmer, inkludert EU og Norge. Haagkonferansen har utarbeidet to Haagkonvensjoner på familierettens område av 14. mars 1978. Den ene omhandler ekteskapsinngåelse og anerkjennelse av ekteskap, og er ratifisert og trådt i kraft i Australia, Luxembourg og Nederland. Den andre Haagkonvensjonen av omhandler anvendelig rett på ektefellers formuesforhold, og er kun ratifisert og trådt i kraft i Frankrike, Nederland og Luxembourg. Ettersom Haagkonvensjonene har blitt ratifisert av få stater og i stor grad samsvarer med de europeiske forordningene, vil jeg ikke ta nærmere for meg innholdet av disse.

Når det gjelder de europeiske forordningene på familierettens område, er det interessant å vise til disse fordi det gir et bilde av hvordan internasjonalprivatrettslige spørsmål er forsøkt løst i EUs medlemsstater. Gjennom EØS-avtalen har Norge fått et sterkt samarbeid med EU, som satser tungt på harmonisering av internasjonalprivatrettslige regler på sivilrettens område.¹² Sverige deltar fullt ut i EUs sivilrettslige samarbeid, og Danmark ønsker også å bli omfattet av de nye forordningene, til tross for de i utgangspunktet står utenfor EUs justissamarbeid. Tradisjonelt har svensk, men spesielt dansk litteratur og rettspraksis, spilt stor rolle i norsk

¹⁰ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 50.

¹¹ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 51.

¹² Cordero-Moss, LoR (2009) s. 68.

rett, særlig innenfor norsk internasjonal privatrett. Det foreligger et utkast til ny forordning vedrørende formuesforholdet mellom ektefeller, som inneholder regler om både verneting og lovvalg. Dersom også Danmark velger å vedta forordningen, vil de to landene som vi tradisjonelt har sett hen til være underlagt de europeiske forordninger på familierettens område. På denne måten kan EUs internasjonalprivatrettslige regler sies å ha relevans for norsk rett, til tross for at forordningene kun gjelder for medlemsstatene i EU.¹³

I Rt 2009 s. 1537, Bokhandlerdommen, kom Høyesterett med en meget interessant uttalelse når det gjelder norsk retts forhold til de europeiske forordningene. Dommen gjaldt et erstatningssøksmål etter påståtte personvernskrenkelser. En forfatter hadde bodd hos en bokhandlerfamilie i Kabul og senere gitt ut en bok hvor forfatteren hevdet å skildre livet i denne familien. I dommen viste Høyesterett til Roma II forordningen om lovvalg for forpliktelser utenfor kontrakt, og uttalte i obiter dictum:

*”I den utstrekning vi ikke har avvikende lovregulering, taler imidlertid hensynet til rettsenhet for at vi ved avgjørelse av rettsvalgsspørsmål legger vekt på den løsning som EU-landene har valgt.”*¹⁴

Høyesterett uttaler altså at internasjonal privatrett veier tungt i det norske rettskildebildet, og skal ha forrang fremfor den tradisjonelle norske tilnærming, til tross for at europeisk internasjonal privatrett ikke formelt er bindende i Norge.¹⁵ Selv om uttalelsen var i obiter dictum, og således ikke avgjørende for domsresultatet, virker uttalelsen nøye gjennomtenkt. Høyesteretts synspunkt ble senere gjentatt i Rt 2011 s. 531, og uttalelsen kan nok gi en indikasjon på hvilken retning domstolene kommer til å gå i senere saker.

I forarbeidene til ny arvelov ble forholdet til den europeiske forordningen for arverett tatt opp. Utvalget uttalte at *”De norske reglene kan likevel i noen grad tilpasses reglene i forordningen.”*¹⁶ Dette er riktignok forarbeider på arverettens område, men sammenholdt med uttalelsene fra Bokhandlerdommen, vil det være nærliggende å tenke at norsk rett i fremtiden vil forsøke å harmonisere sine egne rettsvalsregler med EU-rettens regler, i den grad det er mulig, også på familierettens område.

Videre vil jeg vise til den nordiske familierettslige konvensjonen av 1931, som er den eneste konvensjonen på familieformuerettens område som er implementert i norsk rett.

¹³ Cordero-Moss, LoR (2009) s. 71.

¹⁴ Rt 2009 s. 1537 avs. 34.

¹⁵ Cordero-Moss (2013), s. 28.

¹⁶ NOU 2014: 1 s. 177.

2.2 Den nordiske familierettslige konvensjon av 1931

Det har blitt ansett som spesielt viktig å etterstrebe harmonisering mellom forskjellige lands regler, og spesielt de landene som befinner seg i samme region og som har sterke samarbeidsbånd.¹⁷ For Norges vedkommende gjelder dette først og fremst de øvrige nordiske landene.¹⁸

Den nordiske familierettslige konvensjon av 1931 gjelder mellom Norge, Sverige, Danmark, Island og Finland. Konvensjonen er gitt lovs kraft gjennom Lov om gjennomføring av nordiske konvensjoner.¹⁹

Konvensjonen inneholder regler om jurisdiksjon, lovvalg og anerkjennelse av avgjørelser i saker om ekteskap, adopsjon og vergemål. Konvensjonen har også regler om internasjonal kompetanse ved inngåelse og opphevelse av ekteskap samt lovvalgsregler om ektefellenes formuesordning.

Reglene i konvensjonen gjelder for ektefeller som er bosatt i Norden, og som i tillegg er statsborgere i en nordisk stat. Dette innebærer at konvensjonen gir regler om hvilket lands nordisk rett som skal anvendes for ektefeller som oppfyller disse kriteriene.

2.3 De europeiske forordninger på familierettens område

Den første europeiske forordningen som ble utarbeidet på familierettens område, var Brussel II bis/ Brussel II A²⁰ som inneholder regler om internasjonal kompetanse og om anerkjennelse og fullbyrdelse av rettsavgjørelser i separasjons- og skilsmisssaker, og i saker vedrørende foreldreansvar. Brussel II bis/ Brussel II A er en revidert forordning av den tidligere Brussel II²¹, og trådte i kraft 1.mars 2005.²²

Formålet med Brussel II er å ivareta målsetningen om å bevare og bygge opp EU som et område med frihet, sikkerhet og rettferdighet, og hvor det er fri bevegelighet for personer. For å oppnå et godt samarbeid om sivilrettslige spørsmål, og for at det indre marked skal fungere tilfredsstillende, var det nødvendig med felles jurisdiksjons og anerkjennelsesregler. Forord-

¹⁷ Cordero-Moss LoR (2009) s. 71.

¹⁸ Cordero-Moss LoR (2009) s. 71.

¹⁹ lov nr. 75 av 19. desember 1969 om gjennomføring av nordiske konvensjoner.

²⁰ EF-rådsforordning nr. 2201/2003 av 27.november 2003.

²¹ EF-rådsforordning nr. 1347/2000 av 29.mai 2000.

²² Heretter kalt Brussel II

ningen vil også forbedre og forenkle fri bevegelighet for rettsavgjørelser i sivile saker fordi EU-landene praktiserer ulike prosessuelle regler på dette området.²³

Forordningen gjelder for medlemsstatene og får forrang fremfor EU-statenes interne rett, med unntak av Danmark som har tatt forbehold. I følge art. 36 nr.2 kan Sverige og Finland velge heller å anvende den nordiske konvensjonen av 1931 seg i mellom, noe landene har erklært at de vil gjøre, jf. vedlegg VI til rådsforordning (EF) nr. 2201/2003.²⁴

Brussel II bis inneholder blant annet regler om jurisdiksjon. Jurisdiksjonen bygger på at minst en av ektefellene har sitt vanlige bosted i en medlemsstat.²⁵ Ved at tilknytningskriteriet for jurisdiksjon er vanlig bosted, dekker forordningen også personer som ikke er statsborgere i en EU stat, hvis de da har vanlig bosted der. Ved at statsborgerskap er en alternativ tilknytning, kommer EU-borgere med vanlig bosted i en rekke ikke-EU-stater inn under forordningen, jf. art. 7.²⁶ Brussel II har imidlertid ingen rettsvalgeregler, men hver stat beholder sine.

Forordningen er ikke en del av EØS-avtalen, og Norge er derfor ikke bundet av den. Thue hevder imidlertid at *”Brussel II vil få direkte betydning i Norge ved at det kan bli aktuelt å anerkjenne separasjons-, skilsmisse-, ugyldighets- og foreldreansvarsavgjørelser fattet i en EU-stat på grunnlag av jurisdiksjonsreglene i forordningen. Disse jurisdiksjonsreglene omfatter også norske statsborgere med vanlig bosted i en EU-stat”*.²⁷

Fordi Brussel II ikke inneholdt noen lovvalgsregler, ble kommisjonen oppfordret til å legge frem en ”grønnebog” om lovvalgsregler i forbindelse med skilsmisser. I tillegg kom forslag til *”ændring af forordning (EF) nr. 2201/2003 for så vidt angår kompetence og om inførelse af lovvalgsregler i ægteskapsaker”*. Disse arbeidene var første skritt i retning av det vi i dag kaller Roma III konvensjonen, som trådte i kraft i 2010.

Det overordnede målet med forslaget til Roma III er å få skapt *”klare og udtømmende retlige rammer om ægteskabsager inden for EU og sikre borgerne en fair behandling i sådanne sager i relation til retssikkerhed, retlig forutsigbarhet, smidighet og domstolsadgang”*.²⁸ Forordningen vil gjennom bestemmelsene forsøke å forhindre ”forum shopping” ved at den ene

²³ Cordes, Stenseng og Lenda 2010, s. 273.

²⁴ Bull, L06.02.1931, note(*).

²⁵ Thue (2002) s.355.

²⁶ Thue (2002) s. 355.

²⁷ Thue (2002) s.356.

²⁸ KOM (2006) 399 s.3.

ektefelle begjærer skilsmisse før den andre for å sikre seg at saken behandles etter en lov som han eller hun i høyere grad mener tilgodeser hans eller hennes interesser.²⁹

For å oppnå dette målet skal forordningen styrke partsautonomien, og det åpnes for en begrenset mulighet for ektefellene til å velge hvilket lands lov som skal få anvendelse på deres separasjon eller skilsmisse. Spørsmål om ekteskapets virkninger på formuesforhold, foreldre-ansvar eller underholdsplikt faller utenfor konvensjonens anvendelsesområde.³⁰ Ektefellene skal kunne velge loven i et land som de har en særlig tilknytning til, eller loven i domstollan-
det.³¹ Tilknytningen må foreligge på det tidspunktet når avtalen inngås. De tilknytningsfakto-
rer forordningen opererer med, er *”sædvanlige opholdssted”*, *”seneste sædvanlige opholds-
sted, for så vidt en af dem stadig opholder sig dér, for så vidt en af dem stadig opholder sig
dér på tidspunktet for aftalens indgåelse”* eller *”loven i den stat, hvis nationalitet en af ægte-
fellene har.”*³²

”Sædvanlige opholdssted” er den danske oversettelsen av det franske begrepet *”résidence habituelle”*. I Norge er *”résidence habituelle”* oversatt til *”vanlig bosted”*. Det er ikke gitt at det etter norsk internasjonal privatrett legges nøyaktig samme innhold i begrepet, men det må antas at begrepene *”résidence habituelle”* i forordningen og *”vanlig bosted”* i stor grad sams-
varer.

”Aftale om lovvalg” må senest være inngått på det tidspunktet hvor saken bringes inn for ret-
ten, med mindre domstollandet gir mulighet for ektefellene til å avtale lovvalg under behand-
lingen av saken.³³

Dersom partene ikke har inngått en *”aftale om lovvalg”*, vil skilsmisse- og separasjonssakene bli behandlet etter loven i staten hvor partene har sitt *”sædvanlige opholdssted”*, *”siste sæd-
vanlige opholdssted, forudsat at opholdet ikke er ophørt mer end et år før sagsanlægget, og at
en af dem stadig opholder sig i denne medlemsstat ved sagsanlægget”*, *”den stat, hvis natio-
nalitet begge ægtefæller har ved sags- anlægget”*, eller domsstolslandet.³⁴

²⁹ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) pkt. 9 i fortalen.

³⁰ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) art. 2 litra e.

³¹ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) pkt. 16 i fortalen.

³² Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) art.5.

³³ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) art.5.

³⁴ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) art. 8.

Roma III har universell anvendelse, dvs. at det bør være mulig for forordningens ensartede lovvalgsregler å utpeke loven i en deltakende medlemsstat, loven i en ikke-deltakende medlemsstat, eller loven i en stat som ikke er medlem av EU.³⁵

Verken Brussel II eller Roma III har formuesforholdet mellom ektefellene innenfor sitt anvendelsesområde, og det ønsker EUs justissamarbeid å gjøre noe med. Av de omkring 122 millioner ekteskap som inngås i EU, er omkring 16 millioner (13 %) av disse inngått på tvers av grensene. I 2007 var det i EU 1 040 000 skilsmisser, hvorav 13 % av disse skilsmissene var mellom mennesker som hadde inngått ekteskap på tvers av landegrensene.³⁶

Kommisjonen meddeler at *”På grund af de forskelle, der mellem de forskellige nationale retssystemer, befinder internationale par sig ofte i en situation med utforutsete og nu og da kedelige konsekvenser for forvaltningen av deres formuesgoder”*.³⁷ Etter deres mening er derfor *”tiden er inde til at supplere den eksisterende retslige ramme og indføre bestemmelser om de formuesrettslige forhold.”*³⁸

I 2011, fem år etter at ”grønbogen ble lagt frem”³⁹ kom forslag til rådets forordning *”om kompetence, lovvalg, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i sager vedrørende formuesforholdet mellem ægtefæller.”*⁴⁰

Under overskriften *”Kompetence”* er vernetingsspørsmålet behandlet. Forslaget gir ektefellene mulighet til å få spørsmålet om formuesordningen behandlet sammen med skilsmissesaken sin etter Brussel II, dersom de inngår avtale om dette. Dette kan avtales på et hvilket som helst tidspunkt, også under rettssaken.⁴¹ Er en slik avtale ikke inngått, angir art. 5 første ledd fire alternative tilknytningskriterier for når en av medlemsstatenes domstoler er kompetente til å behandle saken.

De tre første alternativene angir *”sædvanlige opholdsted”* som tilknytningskriterium. Saken kan anlegges der hvor ektefellene har felles *”sædvanlige opholdssted”*, der saksøkte har *”sædvanlige opholdssted”*, eller der hvor ektefellene *”sidst have deres fælles sædvanlige opholdssted, hvis en af ægtefællene fortsat har sit opholdssted dér.”*

³⁵ Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 (Roma III) pkt. 12 i fortalen.

³⁶ KOM(2011)125 pkt.1.

³⁷ KOM (2011)125 pkt.1.

³⁸ KOM (2011) 125 pkt.3

³⁹ KOM (2006) 400.

⁴⁰ KOM(2011)126.

⁴¹ KOM(2011)126 art.3

Etter det fjerde alternativet kan saken anlegges i den medlemsstat hvor begge ektefeller har *"nationalitet"*. Dersom ektefellene har gjort et *"valg af gældende lov"* eller gjort en *"ændring av gældene lov"* som utpeker medlemsstatenes rett til regulere deres formuesforhold, vil også denne domstolen være kompetent til å behandle saken etter art. 5 annet ledd.

Forordningsforslaget gir også ektefellene, eller kommende ektefeller, adgang til å foreta *"valg af gældende lov"*, altså inngå en rettsvalgsavtale, jf art.16. Ektefellene har adgang til å velge mellom loven i staten ektefellene har sitt felles *"sædvanlige opholdssted"*, eller der hvor en av ektefellene har *"sædvanlige opholdssted"* eller er statsborger på avtaletidspunktet. Avtalen må oppfylle formkravene som kreves etter avtaleinngåelsesstedets rett, eller retten i landet de har valg til å regulere formuesforholdet. Forordningsforslaget har imidlertid et minstekrav om at det må være et skriftlig dokument som er underskrevet av begge ektefellene.⁴²

Ektefellene kan når som helst i løpet av ekteskapet la sitt formuesforhold være omfattet av en annen lov enn den som hittil har vært gjeldene. De kan da velge loven i den staten hvor de har sitt *"sædvanlige opholdssted"*, eller der hvor en av dem er statsborgere på det tidspunktet valget foretas. Dersom ikke annet er uttrykkelig *"tilkendegivet"*, vil endring av gjeldende lov for formuesforholdet kun ha virkninger for fremtiden.⁴³

Dersom ektefellene ikke har foretatt *"valg af gældende lov"*, oppstiller forordningsforslaget tre alternative lovvalsregler. Det første alternativet er at formuesforholdet skal reguleres etter loven i staten hvor ektefellene hadde sitt *"første fælles sædvanlige opholdssted"*. Det andre alternativet er loven i staten hvor begge ektefellene var statsborgere på tidspunktet for ekteskapsinngåelsen. Dette alternativet kommer ikke til anvendelse dersom ektefellene har mer enn én felles nasjonalitet. Det siste alternativet er loven i den staten hvor begge ektefellene har den nærmeste tilknytning til *"af hensyntagen til samtlige forhold, navnlig stedet for indgåelse av ægteskap"*.⁴⁴

⁴² KOM(2011)126 art. 19.

⁴³ KOM(2011)126 art. 18.

⁴⁴ KOM(2011)126 art. 17.

3 Hensyn, kryssende interesser og avveininger

3.1 Personalstatuttet

Personalstatuttet betegner i norsk rett det lands rett som regulerer en persons personlige rettsstilling.⁴⁵ Personalstatuttet regulerer person-, familie- og arverettslige spørsmål dersom saksforholdet har tilknytning til flere staters rett.⁴⁶ I den internasjonale privatretten er personalstatuttet et av de eldste og mest grunnleggende prinsippene. Kjernen i personalstatuttet er at det er den retten som en person har sterkest tilknytning til, som skal legges til grunn.⁴⁷

Det er et internasjonalt anerkjent prinsipp at det er hjemlandsretten⁴⁸ som er personalstatutt. Imidlertid det ikke internasjonal enighet om hva som er en persons hjemlands rett. Hvilket prinsipp statene har lagt til grunn som personalstatutt, varierer derfor, men det vil hovedsakelig være domisilprinsippet eller statsborgerprinsippet. I en del konvensjoner finner man også at *résidence habituelle*, eller vanlig bosted, kan være bestemmende for rettsvalget.⁴⁹ Personalstatuttet i den enkelte stat er enten lovbestemt eller etablert ved sedvane. I norsk rett er det domisilprinsippet som er vårt personalstatutt, og det er et sikkert sedvaneprinsipp med røtter langt tilbake.⁵⁰

3.1.1 Statsborgerprinsippet

Statsborgerprinsippet er personalstatutt i de kontinental-europeiske land, med unntak av Danmark og Sveits.⁵¹ Statsborgerprinsippet er på mange måter enklere enn domisilprinsippet, fordi statsborgerskap er lettere å bevise med offentlige dokumenter. Dessuten er det mer stabilt enn domisilprinsippet, fordi man raskere kan skifte domisil enn statsborgerskap. Dersom statsborgerskap foreligger, er det denne retten som skal avgjøre saken materielt.⁵²

⁴⁵ Thue (2002) s. 3.

⁴⁶ Thue (2002) s. 9.

⁴⁷ Thue (2002) s. 43.

⁴⁸ ”Jeg bruker begrepet personalstatutt som en betegnelse på en persons hjemlands rett, når denne retten kommer til anvendelse fordi den er hjemlandsretten” se s. 5 i Thue 2002.

⁴⁹ Thue (2002) s. 47.

⁵⁰ Thue (2002) s.61.

⁵¹ Thue (2002) s. 65.

⁵² Thue (2002) s.107-108.

3.1.2 Domicilprinsippet

Begrepet domicil er fastlagt gjennom sedvane, og det finnes således ingen legaldefinisjon av begrepet.⁵³ En uttalelse i forarbeidene til tvistemålsloven § 419a om ”bopel i riket” som vilkår for at det kan reises ekteskapssak må antas å gi uttrykk for kjernen i begrepet.⁵⁴ Her uttales det at: *”Etter norsk internasjonal privatrett er en persons domicil det sted der han faktisk har slått seg ned i den hensikt å bli boende der varig, det vil si det sted som til vanlig betegnes som hans heim”*⁵⁵

Forarbeidene til ny arvelov fastslår at *”Fast bosted og domicil er i realiteten identiske kriterier. (...) I lovgivningen har det vært praksis for at begrepet domicil helst ikke benyttes, men begrepet fast bosted har blitt foretrukket for å uttrykke det samme.”*⁵⁶ Domicilbegrepet er et rettslig begrep, og er betegnelsen på forholdet mellom personen og bosettelsen i et land, og at dette forholdet begrunner at bosetningslandets rett blir vedkommendes personalstatutt.⁵⁷

I norsk internasjonal privatrett har det vært vanlig å anvende ”domicil” og ”bopel” som synonyme begreper. Det er likevel slik at det norske domicilbegrepet ikke nødvendigvis er sammenfallende med det domicilbegrepet andre land har. De nordiske land synes imidlertid å legge samme innhold til grunn i domicilbegrepet.⁵⁸

Norsk rett har den romerrettslige forståelsen av domicilet. For å oppnå domicil kreves det faktisk opphold (fysisk tilstedeværelse) og intensjon om å forbli boende i landet.⁵⁹ I tillegg er det et krav om at oppholdet i det nye landet er frivillig. Det er viktig å merke seg her at det kun er *oppholdet* som må være frivillig. At flyktninger ufrivillig har måtte forlate sitt eget hjemland, er ikke til hinder for å erverve domicil i det landet de har flyttet til.⁶⁰

Hensikten med å la domicilprinsippet være avgjørende for rettsvalgsspørsmål i norsk rett, er *”at det samsvarer med personens forventninger at de aktuelle rettsspørsmålene avgjøres etter vedkommendes hjemlands rett, altså etter retten i det landet han har sterkest tilknytning til.”*⁶¹

⁵³ Thue (2002) s. 69.

⁵⁴ Giertsen TFR-1995-261 s. 275.

⁵⁵ Ot.prp.nr.19(1962.1963) s.11.

⁵⁶ NOU 2014:1 s. 176

⁵⁷ Thue (2002) s. 100.

⁵⁸ Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.176-177.

⁵⁹ Thue (2002) s. 63.

⁶⁰ Thue (2002) s. 70.

⁶¹ NOU 2007: 16 s.167 (18.3.1).

3.1.2.1 Faktisk opphold og vilje til å forbli boende i landet

For å få norsk internasjonalprivatrettslig domisil i Norge, er det et vilkår at man må ha lovlig faktisk opphold på norsk territorium. Det er ikke noe krav til hvor lenge oppholdet må ha vart.⁶² Det er også et vilkår at vedkommende har en intensjon eller vilje til å forbli varig i landet.⁶³

Når det i tillegg til faktisk opphold kreves en vilje (animus) til å forbli boende, henger det sammen med begrunnelsen for å anvende en persons hjemlands rett i familierettssaker, og ønsket om stabilitet i tilknytning til det som skal være en persons hjemland.⁶⁴

Kravet til vilje om å forbli boende er ikke slik å forstå at personen må bli boende livet ut. Det er nok at man vil ha det nye landet som hjemland, og at man har til hensikt å bli boende varig uten noen konkrete planer om å flytte. Ubestemte tanker om å en gang flytte er uten betydning for opprettelse eller opprettholdelse av domisilet.⁶⁵

Hva som ligger i kravet til hensikt om å forbli boende varig er uklart, men forarbeidene til ny arvelov gir noen føringer. Her er det uttalt at kravet til hensikt i noen grad er objektivisert og at: *”Momenter som kan ha betydning, er blant annet boligsituasjonen, for eksempel om personen eier eller leier bolig, arbeidsforhold og familieforhold. Det antas at kravet til varighet innebærer at personen må ha til hensikt å bli boende i rundt fem år eller mer.”*⁶⁶

3.1.3 Résidence habituelle

Résidence habituelle, eller vanlig bosted, er bestemmende for rettsvalget i en del europeiske konvensjoner. Konvensjonene har benyttet seg av denne tilknytningsfaktoren for å overvinne de vansker som ligger i at statene gjør bruk av ulike domisilbegrep.⁶⁷

Til tross for at résidence habituelle, eller vanlig bosted, er det sentrale tilknytningskriteriet i EU-forordninger og nyere Haagkonvensjoner om internasjonal privatrett, er det ikke gitt noen klare definisjoner på hva det innebærer å ha vanlig bosted i en stat. I fortalen til EUs forordning på arverettens område er det imidlertid gitt noen føringer på tolkningen av begrepet. Tolkningen forutsetter en overordnet avveining av alle faktiske opplysninger, særlig lengden

⁶² Thue (2002) s. 70.

⁶³ NOU 2007: 16 s. 165 (18.2.1).

⁶⁴ Thue (2002) s. 75.

⁶⁵ Thue (2002) s. 76-77, jf. Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.176-177.

⁶⁶ NOU 2014:1 s. 176

⁶⁷ Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.176-177.

og regelmessigheten av tilstedeværelsen i staten, og begrunnelsen for den.⁶⁸ Selv om det kan være ulik praksis rundt begrepet *résidence habituelle*, er det ikke ”iallfall ikke belastet med slike festnede forskjeler som domisilbegrepet.”⁶⁹

Et utgangspunkt vil være at en person har vanlig bosted i den staten der en person etter en samlet vurdering kan sies å ha sentrum for sine livsinteresser. *Résidence habituelle* er et faktisk begrep, hvor det ikke er forholdet mellom personen og bosetningslandet som er av betydning, men karakteren av selve bosetningen.⁷⁰ I tillegg må begrepet vanlig bosted forstås i lys av det rettsområdet det anvendes innenfor. Det kreves for eksempel en mer fast tilknytning innenfor familieretten enn innenfor kontraktsretten. Hovedforskjellen mellom vanlig bosted og fast bopel/domisil er at det ikke stilles noen krav om at personen må ha til hensikt å forbli boende i det aktuelle landet. Det er likevel ikke slik at ethvert midlertidig opphold, som for eksempel et studieopphold på inntil et år, fører til at en person har fått vanlig bosted der.⁷¹

3.1.4 Irma Mignon-formelen

Irma Mignon-formelen er i norsk rett en betegnelse på den individualiserende metode, eller nærhetsprinsippet. Prinsippet innebærer at rettsvalget i de enkelte tilfellene må bero på en konkret skjønnsmessig vurdering av hvilken stat et rettsforhold har sin sterkeste tilknytning til. Dette prinsippet finnes også i fremmed stats rett, og det tales gjerne om ”Prinzip der engsten Verbindung” eller ”The most real connection”.⁷²

Navnet har sin bakgrunn fra en dom som ble avsagt i Høyesterett i 1923, som senere ble kalt ”Irma Mignon-dommen”.⁷³ I norsk rettspraksis har det tradisjonelt vært denne dommen som definerer den individualiserende metode.⁷⁴

Irma Mignon-dommen ble avsagt i forbindelse med kollisjon mellom to norske skip, Irma og Mignon, i engelsk farvann. Høyesterett konstaterte at det dreide seg om et erstatningsrettslig spørsmål, og at utgangspunktet i norsk rett derfor var at ”sammenstøtsstedets” rett skulle legges til grunn (*lex loci delicti*). Høyesterett uttaler videre at det ikke er gjort noen unntak fra denne hovedregelen selv om skip er hjemmehørende i en og samme stat. Læren om *lex loci*

⁶⁸ Bruzelius LoR nr. 6 (2014) s.314.

⁶⁹ Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.177.

⁷⁰ Thue (2002) s. 100.

⁷¹ NOU 2014:1 s. 176.

⁷² Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 76.

⁷³ Rt 1923 II s.58.

⁷⁴ Cordero-Moss, 2013 s. 28.

delicti har på grunn av dette møtt motsigelse i Norge, og at det er også delte meninger om læren i utenlandsk litteratur og praksis.⁷⁵ På bakgrunn av disse argumentene kom Høyesterett likevel til at norsk rett skulle anvendes, og uttaler at:

*"(...) det er naturlig at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme. Det er selvfølgelig ikke mulig uten videre at løse alle internationalprivatretslige spørsmål ut fra denne almindelige betragtning, men det forekommer mig dog, at den er tilstrækkelig til at gi en løsning for det tilfælde, som her foreligger."*⁷⁶

Høyesterett valgte altså i denne dommen å fravike hovedregelen om at det var skadestedets rett som skulle komme til anvendelse, til fordel for den individualiserende metode. Irma Mignon-formelen ble senere fulgt opp i en rekke dommer.⁷⁷ Formelen fikk senere anvendelse på saksforhold som var ulikt det i Irma Mignon-dommen, og på langt flere rettsområder enn ved lovvalg i erstatningsretten. I "Gaarders innføring i internasjonal privatrett" uttales det at formelen *"må sies å være sedvanerett."*⁷⁸ Videre uttaler Knoph at Irma Mignon-formelen *"må være grunnloven i den internasjonale privatrett, eller om man vil, hele den ulovfestede internasjonale privatrett i et nøtteskall..."*⁷⁹ Dommen, og den individualiserende metode, har derfor utvilsomt hatt stor betydning i den norske internasjonale privatretten.

Det er imidlertid ikke alle som er like begeistret for Irma-Mignon-formelen, og særlig kritisk er Thue i sin artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap, der han skriver:

*"Min hensikt med denne artikkelen er ikke å hevde at man overalt i den internasjonale privatrett kan og bør oppstille faste regler for lovvalget, men kun å slå til lyd for at man ikke trenger å gå til den motsatte ytterlighet. Ved å bygge på den "Knoph'ske grunnlov – Irma Mignon-formelen- har domstolene innført et "Prinzip der Prinziplosigkeit" i den internasjonale privatrett. Heri ligger efter min mening den største betenkelighet med "Irma-Mignon-formelen" dette at den oppfattes som en regel av høyere orden enn de mere konkrete faste regler."*⁸⁰

⁷⁵ Rt 1923 II s. 58 s. 61.

⁷⁶ Rt 1923 II s. 58 (på side 60 og 61).

⁷⁷ Se bla. Rt 1931 s. 1185, Rt 1937 s. 888 og Rt 1957 s. 246.

⁷⁸ Gaarder (2000) s. 91.

⁷⁹ Thue, TFR-1965-587 s. 593 (Thue viser til Knoph TfR 1938 s.48 (rettslige standarder)).

⁸⁰ Thue, TFR-1965-587 s. 601-602.

Thue peker på det *”utstrakte samkvem som i dag er over landegrensene”*, og at det derfor er av stor betydning at man ved stiftelsen av et rettsforhold kan ha en viss oversikt over konsekvensene, noe man ikke vil få når Irma Mignon-formelen er bestemmende for lovvalget.⁸¹ Med Irma Mignon-formelen overlates rettsvalget til en konkret helhetsvurdering, som vil medføre at rettsvalget som blir foretatt etter formelen, i stor grad vil bero på den enkelte dommers skjønn, noe som vil motvirke partenes forutberegnelighet.

Irma Mignon-formelen er individualistisk og rettsvalget kan derfor bli forskjellig alt ettersom saksforholdet kommer opp isolert sett eller i en større sammenheng.⁸² Ettersom alle tilknytningsfaktorer er relevante, uten at det har vært noen fast praksis på hvilken vekt de ulike tilknytningsfaktorene i saksforholdet skal ha, vil dette motvirke *”enhetsløsningen”* og dessuten styrke inntrykket av vilkårlighet.

Thue peker videre på *”hjemme er best-standpunktet”* og viser til Rt 1953 s. 1132 som gjaldt farskapet til et barn som var unnfanget og født i Tyskland, og som fremdeles bodde der sammen med sin mor, kom flertallet til at norsk rett skulle anvendes, til tross for at saksforholdet måtte sies å ha sin nærmeste tilknytning til Tyskland. Flertallet sluttet seg til annenvoterende Bahr som uttalte at den *”løsning jeg har kommet til, medfører også den praktiske fordel at man unngår rettstekniske komplikasjoner som i alminnelighet er forbundet med å anvende fremmede rettsregler”*. Videre uttales det at det *”er fordelaktig at norske domstoler i størst mulig utstrekning kan anvende landets egen, ”indre rett”*.⁸³

Det rettstekniske syn som dommer Bahr la frem i nevnte dom, vil – bevisst eller ubevisst, bli tillagt stor betydning, og igjen vil dette medføre at rettsvalget blir avhengig av hvor saken reises. Dette beror på hvilken part som først går til søksmål, noe som kan åpne for taktiske saksanlegg (forum shopping). Rettsvalget vil således ikke bli avgjort før ved saksanlegget, og partene vil frem til dette tidspunkt være i villrede.⁸⁴

For advokater er det ofte den preventive side som er av størst betydning, altså hvordan en konflikt skal forhindres.⁸⁵ Advokatenes oppgave er blant annet å kunne forutse hvilke vanskeligheter som kan oppstå i forhold til bestemte rettsforhold, og deretter gi sine klienter råd om hvordan man skal unngå denne konflikten. Dersom Irma Mignon-formelen legges til grunn,

⁸¹ Thue, TFR-1965-587 s. 598.

⁸² Thue, TFR-1965-587 s. 608.

⁸³ Rt 1953 s. 1132 s. 1141 og 1144.

⁸⁴ Thue, TFR-1965-587 s. 609.

⁸⁵ Thue, TFR.1965.587 s. 588.

vil ikke advokatene kunne vite hvilket lands rett som blir lagt til grunn før selve saksanlegget, noe som igjen gjør vanskelig for dem å yte god bistand til sine klienter.

Det ser imidlertid ut til at Irma-Mignon-formelen ikke står like sterkt i dag som den har gjort tidligere. I den tidligere nevnte Bokhandlerdommen gikk Høyesterett bort fra Irma Mignon-formelen. Høyesterett uttaler her at:

”Dersom ikke rettsvalget følger av fastere regler, skal saken etter norsk internasjonal privatrett avgjøres på grunnlag av rettsreglene i det land som saksforholdet etter en totalbedømmelse har nærmest tilknytning til («Irma Mignon-formelen»). På stadig flere rettsområder har det imidlertid - gjerne med utgangspunkt i «Irma Mignon-formelen» - utviklet seg fastere regler.”⁸⁶

Etter reglene om erstatning utenfor kontrakt var det *lex loci delicti*, skadestedets rett, som skulle vært lagt til grunn. Da norsk rett likevel ble lagt til grunn i denne saken, var det på bakgrunn av at det ikke var mulig for norske domstoler å fremskaffe tilstrekkelig pålitelige opplysninger om innholdet i afghansk rett, ikke fordi domstolen fant at saken hadde sin ”nærmeste tilknytning” til Norge.

Irma-Mignon-formelen har altså gått fra å være den store hovedregelen til å bli et unntak som kun skal anvendes i tilfeller hvor det ikke finnes noen fastere lovvalsregler.⁸⁷

3.2 Tilknytningskriteriet, kvalifikasjon og rettsvalg

3.2.1 Tilknytningskriteriet

Hvilket lands rett som utpekes, avhenger av hvilke tilknytninger den aktuelle type saksforhold har til et bestemt land. Den tilknytningen som ansees for å være den viktigste, avgjør hvilket lands rett som skal anvendes.⁸⁸ Utgangspunktet i alminnelig internasjonalprivatrettslig metode er at rettsvalgspørsmålene reguleres av regler med egne tilknytningsfaktorer for hvert rettsområde,⁸⁹ og domstolene må derfor først avgjøre hvilket rettsområde saksforholdet hører inn under.

⁸⁶ Rt 2009 s.1537 s. 32.

⁸⁷ Cordero-Moss TFR-2010-819 s. 824, jf. Rt 2011 s. 531.

⁸⁸ Thue (2002) s. 153.

⁸⁹ Nesvik LoR (2013) s. 470

Hvilket rettsområde saksforholdet faller inn under er ikke bare av betydning i forhold til hvilken rettsvalgsregel som anvendes, men også i forhold til hvilket vernetings sak kan anlegges for. Mens hovedregelen om saksøktets hjemting bygger på hensynet til saksøkte, ivaretar de alternative vernetingsbestemmelsene andre viktige hensyn i den internasjonale privatrett, som at tvisten bør ha en viss tilknytning til domstolslandet og beskyttelse av den svakere part.⁹⁰

Bestemmelsen om alternative vernetings er bygget opp slik at man har egne jurisdiksjonsregler for hvert rettsområde.⁹¹ Tvl. §4-5 oppstiller for eksempel alternative vernetingsbestemmelser. Bestemmelsen angir vernetings som kan velges av saksøker i søksmål om fast eiendom, kontraktsforhold, arveforhold osv. For "ekteskapsaker" er det angitt alternative vernetingsbestemmelser i ekteskapsloven kapittel 5, som jeg gjør nærmere rede for under kapittel 4.

3.2.2 Kvalifikasjon og kvalifikasjonskonflikt

Har man en vernetingsregel og en lovvalgsregel for hvert rettsområde, og en bestemt tilknytningsfaktor for hver regel, må man først subsumere, eller innordne, forholdet under det riktige rettsområde for så å anvende den riktige relevante vernetings- eller lovvalgsregelen. Dette er den alminnelig anerkjente internasjonalprivatrettslige metode som gjenspeiles i blant annet de europeiske forordninger Roma I og Roma II.⁹² Prosessen som i internasjonalprivatrettslig metode blir kalt "kvalifikasjon", dreier seg om det samme som man i den alminnelige juridiske metode beskriver som tolkning, rettsanvendelse og eller subsumsjon.⁹³

Det er særlig tre ulike tilnærmingsmåter å foreta kvalifikasjon på, som er trukket frem i juridisk teori. Den ene tilnærmingsmåten går ut på at kvalifikasjon skal skje etter *lex causae*, og innebærer at domstollandets rett først må utpeke den bakgrunnsretten som regulerer det materielle innholdet i tvisten, for deretter å finne ut hvilken rettsvalgsregel som etter dette skal få anvendelse. En annen tilnærmingsmåte er at kvalifikasjonen skal gjøres autonomt, uten å ta hensyn til noen spesifikk nasjonal rett. Den tredje tilnærmingsmåten er at kvalifikasjonen skal foretas *lex fori*, hvilket innebærer at kvalifikasjonen foretas etter domstollandets rett ved at de først kvalifiserer saksforholdet inn under riktig rettsområde for så å anvende riktig rettsvalgsregel.⁹⁴ Norsk internasjonal privatrett legger sistnevnte teori til grunn, noe som ble bekreftet Høyesterett i Rt 1995 s. 1415, "joint accounts"-dommen, som jeg vil gjøre nærmere rede for nedenfor.

⁹⁰ Nesvik, LoR (2013) s. 470

⁹¹ Nesvik, LoR (2013) s.470.

⁹² Cordero-Moss (2010) s. 67.

⁹³ Cordero-Moss (2010) s. 67.

⁹⁴ Cordero-Moss (2010) s. 75-76.

Kvalifikasjonskonflikt oppstår i de tilfeller hvor de ulike land kvalifiserer samme rettsforhold under ulike rettsområder. Videre vil det kunne oppstå problemer når domstolen står overfor rettslige ordninger som er ukjente etter domstollandets rett, slik domstolene gjorde i ”joint accounts”-dommen. Til tross for mange artikler om kvalifikasjonsproblemet i juridisk litteratur ser man sjeldent til problemet i rettspraksis, og spørsmålet har kun vært oppe i én sak, nemlig ”joint accounts”-dommen.⁹⁵

Rt 1995 s. 1415, eller ”joint accounts”-dommen, omhandler et norsk ektepar som hadde to ”joint accounts” i en bank i New York. Ved ektemannens død krevde hans særkullsbarn fra et tidligere ekteskap arv fra det innestående på kontoene. Det som kjennetegner joint account-ordningen er at lengstlevende ektefelle beholder innestående på kontoen, uten at det blir ansett som arv. Vi har ingen tilsvarende ordning etter norsk rett, og spørsmålet for Høyesterett ble derfor hvilket rettsområde dette skulle kvalifiseres inn under.

I avgjørelsen uttalte Høyesterett følgende:

*”Vurderingen av hvilke lovvalgsregler som skal legges til grunn – om det er lovvalgsreglene innen kontraktsretten eller familieretten, eventuelt arveretten – er såkalt kvalifikasjonsspørsmål som må avgjøres etter norsk rett. Det er sikker tradisjon for lex fori – retten på det sted hvor saken behandles – her. Unntakene er snevre. Bankkontoen av typen ”joint account” har vi ingen parallell til i Norge. Men dette gir ikke grunnlag for å fravike lex fori. Det er nettopp når man står overfor ulike rettsdannelser i de land et rettsforhold har tilknytning til, at kvalifikasjonsspørsmålet i forhold til lovvalgsreglene har betydning. Den nærmere vurdering av kvalifikasjonsspørsmålet må knyttes til innholdet i den rettsdannelse vi står overfor. Også de hensyn som ligger til grunn for lovvalgsreglene på de ulike områder, kan spille inn, og det kan være grunn til å se hen til hvorledes ordningen er bedømt i andre land.”*⁹⁶

Høyesterett avgjorde at denne kontotype skulle kvalifiseres som tilhørende ektefellenes formuesordning. Hadde New York rett, og ”joint account” ordningen blitt fulgt, ville gjenlevende kone beholdt pengene på kontoen. Når rettsforholdet ble kvalifisert inn under ektefellenes formuesordning, gikk det innestående på kontiene inn i dødsboet, og særkullsbarna kunne ta ut sin arv. Etter at saksforholdet var kvalifisert under riktig rettsområde, anvendte domstolen

⁹⁵ Thue (2002) s.161.

⁹⁶ Rt 1995 s. 1415.

den tilhørende rettsvalgsregel og la norsk rett til grunn, da ektefellene hadde hatt sitt første felles bopel i Norge.

”Joint account”-dommen har imidlertid vært kritisert. Det pekes på at Høyesterett valgte å se hen til *”hvorledes ordningen er bedømt i andre land”* ettersom bankkontoen av typen ”joint account” ikke hadde noen parallell i Norge. Høyesterett viste til hvordan svensk rett, hvor ordningen heller ikke finnes, hadde kvalifisert ”joint accounts” til familieformueretten. Det ble imidlertid ikke vist til anglo-amerikansk rett, hvor ordningen faktisk finnes, og som kvalifiserer det inn under contract/property law. Thue mener på bakgrunn av dette at *”at en kvalifikasjon, i de tilfellene man står overfor en utenlandsk rettslig ordning som er ukjent i lex fori, bør foretaes etter retten i det land ordningen finnes – kvalifikasjon lex originis.”*⁹⁷ Selv om Høyesterett uttalte at *”Det er sikker tradisjon for lex fori (...)Unntakene er snevre.”*, forelå det på dette tidspunkt ingen tidligere avsagte Høyesterettsdommer om kvalifikasjon av et fremmed rettsinstitutt, og Høyesterett var derfor ikke bundet av tidligere praksis. Derfor kunne Høyesterett i denne saken ha kvalifisert lex originis.⁹⁸

En annen innvending Thue kommer med til denne dommen er at en bankkonto av typen ”joint account” er ikke forbeholdt ektefeller, men kan opprettes av enhver, som for eksempel søsken, foreldre og barn og forretningsdrivende. Kvalifikasjonen kan derfor ikke følge ”joint account” generelt, og ett og samme rettsinstitutt vil derfor kvalifiseres ulikt alt ettersom hvem som er parter.⁹⁹

3.2.3 Rettsvalg

Etter at vernetingssspørsmålet er ferdig behandlet og retten har innordnet saksforholdet under riktig rettsområde (kvalifikasjon), må domstolene foreta et rettsvalg. Domstolene anvender da sine egne rettsvalgsregler for å finne frem til hvilket lands rett som skal anvendes på rettsforholdet. Det finnes svært få lovfestede rettsvalgsregler i norsk rett. Domstolene må i stor grad bruke den norske internasjonale privatrettens ulovfestede regler for å finne frem til hvilket land saksforholdet har sterkest tilknytning til, og hvilket lands regler som skal anvendes. Erstatningsretten opererer for eksempel med skadestedets rett (lex loci delicti), og tilknytningsfaktoren til fast eiendom-rett er der hvor eiendommen ligger (lex rei sitae).

Når det gjelder de internordiske forhold er rettsvalgsregelen for hvilket lands rett som skal komme til anvendelse på det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene lovfestet i den nordis-

⁹⁷ Thue (2002) s. 173.

⁹⁸ Frantzen (2002) s. 157.

⁹⁹ Thue (2002) s. 172.

ke familierettslige konvensjon av 1931, som er gitt lovs kraft gjennom lov om gjennomføring av nordiske konvensjoner.¹⁰⁰

4 Vernetings

Den internasjonale privatretten må sees i sammenheng med reglene om stedlig kompetanse i internasjonale anliggender. Stedlig kompetanse og vernetings er det samme, og angir for det første når et saksforhold med tilknytning til flere stater kan anlegges for norske domstoler, og deretter i hvilken nærmere bestemt rettskrets saken kan reises.

Utgangspunktet for vurderingen om norske domstoler er rette vernetings, må tas i tvistelovens regler, eller særlige vernetingsregler i annen lovgivning. Særlige vernetingsregler finnes i ekteskapsloven, noe jeg vil gjøre nærmere rede for nedenfor. Dersom det ikke kan påvises norsk vernetings etter de alminnelige eller spesielle vernetingsreglene, må saken avvises.

4.1 De alminnelige vernetingsregler

For norsk retts vedkommende er bestemmelsene om hvor et søksmål kan reises nedtegnet i Tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90. (heretter tvl.) Hovedregelen etter tvl. § 4-4 er at søksmål skal reises ved saksøktens alminnelige vernetings, også kalt hjemting, som for fysiske personer blir det stedet der saksøkte har bopel. Bopelsbegrepet i § 4-4 skal forstås som det bosted en person varig, eller over lengre tid har som hjem,¹⁰¹ og det er altså det prosessuelle bopelsbegrepet som legges til grunn.

Norge har imidlertid vedtatt Luganokonvensjonen av 2007 om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, som inneholder egne vernetingsregler som gjelder for konvensjonsstatene. Konvensjonen gjelder for EU, Danmark og EFTA-landene Norge, Sveits og Island og er gjort til norsk lov gjennom henvisning i tvl. § 4-8. I henhold til Rt 2012 s. 1951 har ”Luganokonvensjonen (...) som *lex specialis* forrang fremfor motstridende nasjonale regler (...)”. Det vises videre til at dette prinsippet er uttalt både i tvistelovens forarbeider og i andre Høyesterettsavgjørelser.¹⁰² Det skal derfor alltid vurderes om saksforholdet faller innenfor Luganokonvensjonens virkeområde, og tvisteloven §4-3 kommer bare til anvendelse dersom saksforholdet faller utenfor Luganokonvensjonens

¹⁰⁰ lov nr. 75 av 19. desember 1969 om gjennomføring av nordiske konvensjoner.

¹⁰¹ L17.06.2005 nr.90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) note (115).

¹⁰² Rt 2012 s. 1951 avs. 33.

område.¹⁰³ Konvensjonen har imidlertid unntatt ”*formuerettigheter som følge av ekteskap*” fra sitt virkeområde, og jeg vil derfor ikke behandle Luganokonvensjonen nærmere i avhandlingen.¹⁰⁴

Den generelle bestemmelsen om norske domstolars kompetanse i tvister av internasjonal karakter er nedtegnet i tvl. § 4-3. Etter bestemmelsen er det et vilkår om at saksforholdet har en ”tilstrekkelig tilknytning” til Norge for at saken kan anlegges for norske domstoler. Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at ”tilstrekkelig tilknytning” ikke skal forstås som et krav om sterkest tilknytning til Norge.¹⁰⁵

Høyesterett behandler vilkåret ”tilstrekkelig tilknytning” i Rt 2010 s.1197, Baasland-dommen. Saken omhandlet et erstatningskrav fremsatt av en norsk statsborger som hadde lidd store tap etter omfattende spill på internett siden Centrebet, som var eiet av et australsk selskap. På bakgrunn av en helhetsvurdering kom Høyesterett frem til at det forelå tilstrekkelig tilknytning, og at norske domstoler derfor kunne behandle saken. I helhetsvurderingen ble det lagt vekt på at spillselskapet tilbød spill på nettsider på norsk som var rettet mot det norske markedet, ved at man blant annet kunne spille på norske idrettsbegivenheter og betale i norsk valuta.¹⁰⁶

4.2 Ekteskapsloven og de spesielle vernetingsregler

Det er behov særlige vernetingsregler for ekteskapssakene.¹⁰⁷ De særlige bestemmelsene ble inntatt i ekteskapsloven kapittel 5 ved tvistelovsreformen i 2005 for å skape bedre oversikt og systematikk, men er i all hovedsak en videreføring av det som tidligere var inntatt i tvistemålsloven (forkortet tvml.)¹⁰⁸ kapittel 28.¹⁰⁹ Av størst interesse er bestemmelsen om *når* ekteskaps sak kan anlegges i Norge som tidligere var inntatt i tvml. 419a,¹¹⁰ og videreført i el. §30b.

Bakgrunnen for utformingen av de særlige vernetingsbestemmelsen i tvml. §419a, var at domstolene tidligere bare hadde kompetanse til å behandle begjæring om separasjon og skilsmisse dersom ektefellene var bosatt eller hadde hatt siste felles bopel i Norge.¹¹¹ Domstolene var

¹⁰³ Rt 2012 s. 57 avs. 18.

¹⁰⁴ Luganokonvensjonen art.1.

¹⁰⁵ NOU 2001:32 B Rett på sak s. 692

¹⁰⁶ Rt 2010 s. 1197 avs. 41-46.

¹⁰⁷ NOU 2001: 32 B Rett på sak s.1023.

¹⁰⁸ Tvistemålsloven av 13.08.1915 (opphevet).

¹⁰⁹ NOU 2001: 32 B Rett på sak side1022-1028.

¹¹⁰ Tvistemålsloven kap. 28.

¹¹¹ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s.268, jf. ot.prp nr 19 (1962-63) s.14.

derfor avskåret fra å behandle en ekteskapssak som det ville vært naturlig for dem å behandle ut fra en eller begge ektefellers tilknytning til Norge, og selv om ektefellene selv ønsket det. Forarbeidene til tvml. § 419a nevner de ”(...) tilfelle når en av ektefellene - som kanskje er norsk statsborger og tidligere har bodd her i landet - tar bopel i Norge alene, og deretter ønsker å få ekteskapet oppløst.”, som eksempel på at det på grunn av tilknytningen til Norge ville vært naturlig å få saken sin behandlet for norske domstoler.¹¹²

Den manglende jurisdiksjonsmyndigheten i ekteskapssakene førte til misnøye i domstolene, fordi de i et tilfelle som nevnt ovenfor ville være nødt til å henvise ektefellene til å få saken sin behandlet i sitt siste felles domisilland. Dersom ektefellenes siste felles domisilland anvendte statsborgerprinsippet som grunnlag for sin kompetanse, ville en slik henvisning lede til at det ville være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å oppnå skilsmisse, og i forarbeidene til §419a sies det at ”(...) dette faktisk kunne innebære en rettsfornektelse (...).”¹¹³

Dette dannet bakgrunnen for de spesielle vernetingsreglene som ble videreført ekteskapsloven 5, og el. § 25a angir hvilke saker kapittelet kommer til anvendelse på. Kapittelet kommer til anvendelse i saker ”om separasjon og skilsmisse som reises for fylkesmannen”¹¹⁴, og utgangspunktet er at disse sakene avgjøres av fylkesmannen, jf. El § 27.

Etter el. § 25a første ledd litra b skal også en ”ekteskapssak” følge kapittelets særlige prosessregler. Bestemmelsen angir således domstolenes kompetanse og definerer videre hva en ”ekteskapssak” er; for det første saker ”om ekteskapet består eller ikke består”, og omfatter fastsettelsessøksmål om ugyldighet og om et ekteskap har blitt oppløst. Saker om anerkjennelse må også komme inn under bestemmelsen.¹¹⁵

Videre omfattes rettsendringssøksmål om ”oppløsningsspørsmål av ekteskap og om separasjon som reises for domstolene”.¹¹⁶ El. §27 annet og tredje ledd angir når separasjon og skilsmisse skal eller kan behandles av domstolene.¹¹⁷

Saker om deling av formuen, bidrag mv. er ikke ekteskapssaker og er derfor ikke underlagt de særlige prosessreglene i ekteskapsloven kapittel 5, og gjelder som utgangspunkt også for saker som bringes inn etter kumulasjonsreglene i el. §30d.

¹¹² Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s.268, jf. ot.prp nr 19 (1962-63) s.14.

¹¹³ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s.268, jf. ot.prp nr 19 (1962-63) s.14.

¹¹⁴ El. § 25a første ledd litra a

¹¹⁵ Se El. § 16 og El. §18a.

¹¹⁶ Se el. §§23 og 24.

¹¹⁷ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 153.

Det fremgår imidlertid av el. §25a annet ledd at bestemmelsen om norske domstolars kompetanse og vernetingsbestemmelsen i §§30b og 30c likevel får anvendelse på ”spørsmål om bidrag” og ”spørsmål etter ekteskapslovens øvrige bestemmelser” dersom dette bringes inn i saken etter kumulasjonsreglene i el. §30d første ledd bokstav a og c.¹¹⁸ Bestemmelsene får derfor også anvendelse på spørsmål om bidrag til ektefelle og enkelte økonomiske spørsmål som deling av formuen, bruksrett til bolig mv., forutsatt at det ikke er begjært offentlig skifte.¹¹⁹

Når et ektepar skilles, er det ikke uvanlig at det blir begjært offentlig skifte ved det økonomiske oppgjøret. Dersom det begjæres offentlig skifte, finner ikke de spesielle vernetingsbestemmelsene i ekteskapsloven anvendelse på det økonomiske oppgjøret, men kun ”ekteskaps-saken”. For det offentlige skiftet kommer den generelle vernetingsregelen i tvl. §4-3 til anvendelse.

4.3 Når kan en ekteskapssak anlegges i Norge?

Ekteskapsloven §30b angir norske domstolars kompetanse i ekteskapssaker. Bestemmelsen er en direkte videreføring av den tidligere regelen i tvistemålsloven §419a og er i utgangspunktet uttømmende.¹²⁰

De viktigste tilknytningspunktene finner vi i ekteskapsloven §30b bokstav a og b, som oppstiller ”bopel” som tilknytningsfaktor. En ekteskapssak kan anlegges i Norge når saksøkte eller saksøker har bopel i landet. Til sistnevnte alternativ kreves det i tillegg at saksøker har bodd i Norge de siste to år, eller tidligere har bodd i landet, og det er antakelig tilstrekkelig at saksøkeren har bopel i landet ved saksanlegget.¹²¹ Her skal det internasjonalprivatretslige bopelsbegrepet legges til grunn. Vilkåret om ”bopel” er etter denne bestemmelsen et vilkår om domisil, og det kreves derfor en mer fast og varig tilknytning enn det gjør i de alminnelige vernetingsreglene.¹²²

Dersom domstolene ikke har kompetanse etter alternativene nevnt ovenfor, vil de øvrige alternativene etter el. §30b bokstav c og d betyding.¹²³ Etter bokstav d kan en ekteskapssak reises i Norge ”når saksøkeren er norsk statsborger og det godtgjøres at hun eller han på

¹¹⁸ El. §25a annet ledd jf. §30d første ledd bokstav a og c

¹¹⁹ Sverdrup note 88

¹²⁰ Sverdrup note 106.

¹²¹ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 166, jf. el §30b bokstav a og b.

¹²² Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 269, jf. Holmly, Lødrup og Asland (2013) s.166.

¹²³ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 166.

grunn av sitt statsborgerskap ikke vil kunne reise sak i det land hvor vedkommende har bopel.” Hensynet bak regelen er at en ektefelle ikke skal bli stående rettløs fordi han eller hun nå har bopel i et land som bygger sine vernetingsregler på statsborgerprinsippet, og at vedkommende da ikke hadde hatt mulighet til å saksøke verken i sitt nye bopelsland eller i landet han er statsborger.¹²⁴ Norge bygger som nevnt ellers på domisilprinsippet, men tillegger likevel norske domstoler kompetanse for egne statsborgere i disse tilfellene.¹²⁵

Etter bokstav d kan en sak reises i Norge ”*når begge ektefeller er norske statsborgere og saksøkte ikke motsetter seg at saken reises for norsk domstol*”. Alternativet får betydning hvis ektefellene har oppnådd norsk statsborgerskap, men (ennå) ikke har oppnådd norsk domisil.¹²⁶ Videre får alternativet betydning for norske statsborgere bosatt i utlandet. Her legges ektefellenes statsborgerskap til grunn som tilknytningskriterium. Ettersom det kreves at begge ektefellene har norsk statsborgerskap, vil tilknytningen være så sterk at det ikke anses betenkelig å gi norske domstoler kompetanse i disse tilfellene.¹²⁷ Det kreves ikke etter bestemmelsen at saksøkte ektefelle uttrykkelig må samtykke i at saken reises for norsk domstol.¹²⁸

Den norske domstolen har også kompetanse etter bokstav e ”*når det blir søkt om skilsmisse på grunnlag av separasjon som er meddelt her i riket, i løpet av de fem foregående år*”. En tilsvarende regel er tatt inn i Brussel II og i den nordiske ekteskapskonvensjonen. Det kreves verken bopel eller statsborgerskap etter dette alternativet. Ektefellenes tilknytning til Norge i løpet av separasjonstiden eller når skilsmissen begjæres, er uten betydning.¹²⁹

Til slutt kan en ekteskapssak anlegges i Norge etter bokstav f ”*når ekteskap er inngått her i landet, og det godtgjøres at saksøkeren ikke vil kunne reise sak i det landet han eller hun er statsborger eller har bopel*”. Denne reglen ble tilføyd ved innføringen av felles ekteskapslov.¹³⁰ Det fremgår i forarbeidene at det var ”*behov for en slik regel dersom et likekjønnet ektepar flytter og de ikke kan få oppløst ekteskapet i det landet de bor i*”.¹³¹ Regelen er imidlertid ikke begrenset til slike ekteskap, og er derfor en prinsipiell utvidelse av den kompetansen som tidligere ble lagt til grunn.¹³²

¹²⁴ Sverdrup note 109.

¹²⁵ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 166, jf Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 269.

¹²⁶ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 167.

¹²⁷ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 270.

¹²⁸ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 167, jf. tvistelovsmålen rettsdata note (1741) sist åpnet 24.11.14.

¹²⁹ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 167

¹³⁰ Lov av 27. Juni 2008 nr. 53.

¹³¹ Ot.prp. nr 33 (2007-2008) s.39 pkt. 661.

¹³² Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 167

4.4 Vernetings etter ekteskapsloven §30c

Ekteskapslovens vernetingsbestemmelse er nedfelt i § 30c. Bestemmelsens første ledd svarer til de alminnelige vernetingsregler om at en ekteskapssak skal anlegges ved saksøktes alminnelige vernetings etter tvisteloven § 4-4.

El. § 30c annet ledd er en særbestemmelse som bare kommer til anvendelse dersom saken ”hører inn under norsk domsmyndighet” i henhold til § 30b.¹³³ Selv om saksøkte ikke har alminnelig vernetings i Norge ”kan saken anlegges i den rettskrets hvor ektefellene hadde sin siste felles bopel eller saksøkeren har bopel”. Her er det bopelsbegrepet i de alminnelige vernetingsregler som skal legges til grunn.¹³⁴

5 Den norske rettsvalgregel om første felles bosted for etablering av formuesordningen

5.1 Hovedregelen om første felles bopel

Når det er fastsatt at et ektepar har vernetings i Norge og domstolene har kvalifisert rettsforholdet under familieretten, må det tas stilling til hvilket lands rett som skal legges til grunn. I den norske internasjonale privatretten er hovedregelen at det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene skal avgjøres etter ektefellenes første felles domisillands rett.¹³⁵

Den norske rettsvalgsregelen er etablert gjennom rettspraksis, og anses for å være sikker sedvanerett. Det er særlig Boman-Hansen-dommen¹³⁶ som har vært ansett for å være avgjørende, og som dannet det rettslige grunnlaget for vår rettsvalgsregel. Boman Hansen-saken dreier seg om en norsk borger som reiste til USA i 1917, hvor han straks giftet seg med en amerikansk dame. De bodde staten Massachusetts frem til 1927, før de reiste til Norge hvor de, med unntak av et kort opphold, levde frem til sin skilsmisse i 1937. I denne saken ble staten Massachusetts ansett for å være ekteparets første felles domisil, og derfor ble denne statens formuesordning lagt til grunn ved skilsmisseoppgjøret, som oppstod etter at de hadde flyttet til Norge. Regelen ble senere gjentatt i en rekke andre dommer¹³⁷, blant annet den tidligere nevnte ”joint accounts”-dommen.¹³⁸

¹³³ NOU 2001: 32 B s.1027 pkt. 34.9.3.

¹³⁴ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 168.

¹³⁵ NOU 2007:16 s. 164.

¹³⁶ Rt 1942 s. 214.

¹³⁷ Thue (2002) s. 398, jf. Thues fotnote nr. 370.

¹³⁸ Rt 1995 s. 1415

Videre dannet Boman Hansen-dommen grunnlaget for uforanderlighetsprinsippet. Uforanderlighetsprinsippet er et utslag av rettsvalgsregelen, og går ut på at etterfølgende bopel er uten betydning for ektefellenes etablerte formuesforhold, fordi det er deres *første* felles domisil som er avgjørende. Jeg vil gjøre nærmere rede for dette prinsippet under punkt 5.2.2.

Rettsvalgsregelen om første felles domisillands rett har imidlertid vært langt til grunn lenge før Boman-Hansen dommen ble avsagt i 1942. I artikkelen ”Uskifte og lovvalg” skriver Giertsen: *”ved institutt for privatrett, Universitetet i Bergen, har vi fått anledning til å undersøke Justisdepartementets arkiver når det gjelder Lovavdelingens uttalelser om lovvalget for ektefellers formuesforhold. Avdelingen har ved flere anledninger, i hvert fall tilbake til 1919, lagt til grunn at formuesordningen reguleres av loven i ektefellenes første felles domisilland, og at lovvalget er uforanderlig”*.¹³⁹

Hovedregelen om felles første domisilland er også lagt til grunn i den nordiske familierettskonvensjonen, jf. art. 3.

5.1.1 Tilfeller hvor det ikke foreligger ”første felles bopel”

Det er ikke alltid det foreligger et ”første felles domisil” når ekteskapet opphører, og da er vår gjeldende lovvalgsregel lite til hjelp. Hvilket lands rett som skal gjelde vedrørende formuesordningen dersom ektefellene ikke har hatt domisil i samme land, er uklart de lege lata.¹⁴⁰ I rettsteorien har man derfor fremsatt en rekke supplerende løsningsmodeller.¹⁴¹

For å fylle det rettstomme rom, antar Strøm Bull i sin artikkel i ”Lovvalg i saker om økonomiske forhold mellom ektefeller”¹⁴² at Irma Mignon-formelen om den ”nærmeste tilknytning” har en viss plass i lovvalget for ektefellers formuesforhold. Giertsen skriver i sin artikkel ”Uskifte og lovvalg” at han er enig i Strøm Bulls antagelse,¹⁴³ og at norsk praksis og teori ikke synes å ha tatt stilling til lovvalget der ektefeller har hatt domisil i forskjellige land ved ekteskapsinngåelsen. For disse unntakstilfellene synes det riktigst å la formuesforholdet bli regulert av loven i landet som ekteparet er nærmest knyttet til. Momenter som kan være veiledende for tilknytningen, er blant annet ektefellenes statsborgerskap, hvor det vesentlige av ektefellenes samlede formue befinner seg, eller andre tilknytningsmomenter som er av betyd-

¹³⁹ Giertsen, TFR 1995-261 s.289.

¹⁴⁰ NOU 2007:16 s. 164.

¹⁴¹ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 258.

¹⁴² TfR-1993-525.

¹⁴³ TfR-1995-261.

ning i hver enkelt sak. Den individualiserende metoden kan således gi veiledning for løsning-
en slike unntakstilfeller.¹⁴⁴

I boken "Hovedlinjer i Internasjonal privatrett" av Cordes, Stenseng og Lenda blir Irma Mignon-formelen holdt som en mulig rettsvalgsløsning der ektefelle ikke har noe første felles domisil. Det hevdes her at relevante vurderingsmomenter vil være ektefellenes sosiale tilknytning til en stat gjennom opprinnelse, kultur, språk eller yrke, felles oppholdsland, siste felles vanlige bosted osv. Også ekteskapsinngåelseslandet kan være relevant, forutsatt at tilknytningen ikke er tilfeldig. Forfatterne fremhever imidlertid at ulempen med at mye da er overlatt til dommerens frie skjønn, og at det ikke nødvendigvis underbygger den internasjonale privatrettens hovedformål om en enhetsløsning.¹⁴⁵

Thue er derimot uenig med Giertsen og Strøm Bull og hevder at *"Dette er imidlertid bare en metodehenvisning som ikke fyller det rettsomme rom, den angir kun hvordan man skal gå frem for å løse en enkeltsak. En slik henvisning til den "nærmeste tilknytning" er en rettsdogmatisk resignasjon; man overlater problemet til den enkelte dommer. Og for ektefellene er det naturligvis utilfredsstillende å leve i uvitenhet om sin formuesordning inntil en dommer i et oppgjør etter endt ekteskap bestemmer hva slags formuesordning de har hatt mens ekteskapet besto, som ingen kunne vite på forhånd."*¹⁴⁶

Idealet for den internasjonale privatrett er at landene har like rettsvalgsregler. Thue mener derfor at utenlandske reguleringer er vektige argumenter, selv om de naturligvis ikke er noen autorativ rettskilde i internrettslig forstand. Når man skal ha en supplerende regel, er det tre hensyn som må ivaretas. Den supplerende rettsregel må ivareta samme grunnhensyn som den regel som den supplerer. Regelen bør tilpasses de andre lands tilsvarende rettsregler så langt det lar seg gjøre, og regelen bør naturlig passe inn i den internasjonal-privatrettslige systematikk.¹⁴⁷

I norsk rettsteori har det blitt vanlig å løse hovedregelens utilstrekkelighet med et såkalt stigeprinsipp. Dersom første felles bopel ikke foreligger, skal det alternative personalstatuttet anvendes.¹⁴⁸ Hva som er alternativt personalstatutt, er imidlertid usikkert, men Thue hevder i sin bok at anvendelse av statsborgerprinsippet kan være en alternativ løsning.¹⁴⁹ Ektefellene vil

¹⁴⁴ Giertsen LoR (1995) s. 273-274.

¹⁴⁵ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 258.

¹⁴⁶ Thue (2002) s. 400.

¹⁴⁷ Thue (2002) s. 401.

¹⁴⁸ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 259.

¹⁴⁹ Thue (2002) s. 403.

som regel ha oppnådd felles statsborgerskap, selv om de har domisil i hvert sitt land. Statsborgerprinsippet er en kjent tilknytningsfaktor i norsk internasjonal privatrett, og i noen av de Haagkonvensjonene vi har ratifisert, er statsborgerskapet et alternativ til domisilet.

Dersom ektefellene ikke har felles statsborgerskap, er felles vanlig bosted et nærliggende alternativ.¹⁵⁰ Felles vanlig bosted ligger nært opp til felles vanlig bopel, og ektefellene vil i de aller fleste tilfeller ha oppnådd felles vanlig bopel, selv om de ikke har oppnådd domisil. Alternativet er dessuten anvendt i tidligere nevnte europeiske forordningene, og av hensyn til den internasjonale privatrettens hovedformål om en enhetsløsning vil dette være et godt alternativ.

Dersom alternativt personalstatutt ikke gir noen løsning, kan man følge rettsgrunnsetningen om den svakeste tilknytning. Rettsgrunnsetningen går ut på at man velger retten i den av ektefellenes domisilland der de formuesrettslige virkningene av ekteskapet er svakest. Thue omtaler imidlertid dette som en nødløsning.¹⁵¹

5.2 Uforanderlighetsprinsippet for den allerede etablerte formuesordning

Rettsvalgsregelen i norsk internasjonal privatrett er som nevnt at det er ektefellenes første felles domisillands rett som skal bli lagt til grunn ved det økonomiske oppgjøret. I denne forbindelse oppstår spørsmålet om ektefellenes senere statuttskifte kan ha innvirkning på rettsvalget. Med statuttskifte menes at ektefellene har flyttet til en annen stat og opprettet domisil der.

I norsk rett gjelder prinsippet om formuens uforanderlighet, og det innebærer at ektefellenes senere statuttskifte ikke har noen innvirkning på hvilket lands rett som blir lagt til grunn. Uforanderlighetsprinsippet er et utslag av rettsvalgsregelen om at det er *første* felles domisillands rett som skal legges til grunn ved skilsmisseoppgjøret, og det rettslige grunnlaget for denne læren i norsk rett er den tidligere nevnte Boman Hansen-dommen.¹⁵² Her ble staten Massachussets ansett for å være ekteparets første felles domisil, og derfor ble denne formuesordningen lagt til grunn ved skilsmisseoppgjøret. Dommer Selmer uttaler i samme dom: *"Kun finner jeg å burde påpeke «Prinsippet om formuesforholdenes uforanderlighet» alt i slutten forrige århundre har vært hevdet som gjeldende norsk internasjonal rett. (...) Jeg finner intet holdepunkt for at någjeldende norsk rett skulde gi en annen løsning."*¹⁵³

¹⁵⁰ Thue (2002) s. 403.

¹⁵¹ Thue (2002) s. 403.

¹⁵² Rt 1942 s. 214

¹⁵³ Rt 1942 s. 214 s. 214.

5.2.1 Uforanderlighetsprinsippets begrunnelse og hensiktsmessighet

Uforanderlighetsprinsippet begrunnes først og fremst med hensynet til rettsikkerhet, som blant annet omfatter hensynet til at etablerte rettsposisjoner opprettholdes.¹⁵⁴ Dersom ektefellene har sitt første felles domisil i et land som legger felleseie og likedeling til grunn for formuesordningen, forblir det felleseie selv om de senere får domisil i et land som legger særeie til grunn. Prinsippet om formuens uforanderlighet gjelder gjennom ekteskapet, og virkningen av hvorvidt rettsreglene i et land legger opp til felleseieordningen eller særeieordningen, får størst betydning ved skilsmisseoppgjøret. Begrunnelsen for å legge felles domisillands rett til grunn, uavhengig av senere bopelsskifte, er at det skal fremme formuesrettslig stabilitet og motvirke endringer eller tap av ektefellenes formuesrettigheter.¹⁵⁵ Gjennom dette skal også hensynet til forutberegnelighet bli ivaretatt.

Forutberegnelighetshensynet får imidlertid en annen betydning i familieretten enn i formueretten. Frantzen skriver at: *”Den nære sammenhengen mellom familieformuerett og den alminnelig kontraktsrett har ført til at man i familieformueretten kanskje har lagt større vekt på formuerettslige enn på familierettslige tankemønstre”*.¹⁵⁶ Det som skiller familieformueretten og den alminnelige kontraktsrett, er imidlertid at selv om formuesordningen utvilsomt er avgjørende for ektefellenes innbyrdes formuerettslige posisjoner, vil som regel ikke ektefellene reflektere noe særlig disse ved ekteskapsinngåelsen. I motsetning til hvordan man tradisjonelt oppfatter partsrelasjonene i formueretten, står ikke ektefeller i noe motpartsforhold. Slik får forutberegnelighetshensynet en annen betydning her enn i formueretten, men en normalforventning bør være at rettsposisjoner ikke endres brått uten at ektefellene er klar over det.¹⁵⁷

Regelen om formuens uforanderlighet er både klar og enkel, men spørsmålet er om den alltid er like hensiktsmessig. I nyere teori har uforanderlighetsprinsippet blitt utsatt for til dels sterk kritikk. Blant forfattere som har vært særlig kritiske, er Giertsen og Strøm Bull.¹⁵⁸ De peker på at uforanderlighetsprinsippet ble utformet i en tid hvor Norge var et utvandringsland, og at Norge i dag er et innvandringsland.¹⁵⁹ Prinsippet om at første felles domisillands rett skal få anvendelse på ektefellenes formuesforhold, passet godt på forholdene tidligere da ektepar flyttet ut av Norge, men likevel beholdt sitt hjemlands ordning. Nordmenns flyttmønstre har endret seg siden uforanderlighetsprinsippet ble utformet, og i dag er det ikke uvanlig å bo i et annet land etter ekteskapets inngåelse, for deretter å flytte tilbake til sitt hjemland. De endrede

¹⁵⁴ Frantzen (2002) s. 211.

¹⁵⁵ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 257.

¹⁵⁶ Frantzen (2002) s. 211.

¹⁵⁷ Frantzen (2002) s. 211-212.

¹⁵⁸ Giertsen TfR (1995) s. 286 flg., Strøm Bull TfR-1993-525 s. 537 flg.

¹⁵⁹ Giertsen TfR-1995 s. 292, Strøm Bull TfR-1993-525 s. 540

flyttemønstrene kan imidlertid føre til at et ektepar ender opp med å være underlagt formuesordningen til et land de ikke har sin nærmeste tilknytning til. Dette kan igjen, som Strøm Bull skriver *”føre til løsninger som stemmer dårlig med den virkelighet ektefellene lever i”* når spørsmålet om lovvalg kommer opp.¹⁶⁰

Frantzen skriver at *”et slikt synspunkt bygger på at det kan gis et noenlunde entydig bilde av hva som er den ”sosiale virkelighet” vedrørende formuesordningen i Norge”*¹⁶¹ Etter norske rettsregler skal likedeling av felleseiet legges til grunn, men ved den utvidede adgangen til å avtale særeie i ektepakt, skjevdelelingsregelen og unntak fra skjevdeling vil det være mange variasjoner med tanke på hvordan ektefellene har regulert formuesforholdet, og det kan derfor ikke gis et entydig bilde av den norske formuesordningen.¹⁶²

For et ektepar som har bodd vesentlig lengre i en annen stat enn første felles domisilstat, kan en likevel anta at det ikke er unaturlig om de går ut i fra at det er siste domisilstats rett som skal legges til grunn. Den informasjonen de fleste ektefeller besitter om formuesordninger og skilsmisseoppgjør før de har oppsøkt advokat, vil de som regel ha fått gjennom oppslag i aviser og historier fra venner og bekjente. Ektefellene vil nok tenke at dette også gjelder dem hvis de også er domisilert i landet. Derfor kan det nok være en større overraskelse at det er en fremmed rett som skal anvendes, og det er nok dette hensynet som også er det mest tungtveiende mot uforanderlighetsprinsippet.¹⁶³

5.2.2 Den nordiske familierettskonvensjonen og uforanderlighetsprinsippet

I den nordiske familierettskonvensjonen av 1931 legges det til grunn at formuesforholdet mellom ektefeller skal bedømmes *”etter loven i den av statene hvor ektefellene bosatte seg da de inngikk ekteskapet”*, jf. art. 3 første ledd. Konvensjonen gir uttrykk for den generelle rettsvalsregel; at første felles domisillands rett er bestemmende for formuesordningen.¹⁶⁴

Konvensjonen opererer imidlertid ikke med prinsippet om uforanderlighet. Dersom begge ektefellene senere bosetter seg i en annen nordisk stat og har vært bosatt der i minst to år, skal denne statens lov komme til anvendelse i stedet, jf. art. 3 annet ledd. Bestemmelsen representerer et unntak fra den alminnelige norske rettsvalsregel, som antas å gå ut på at loven i ektefellenes første felles bostedsland fortsetter å regulere formuesforholdet mellom ektefellene,

¹⁶⁰ Strøm Bull TfR-1993-525 s. 533.

¹⁶¹ Frantzen (2002) s. 215.

¹⁶² Frantzen (2002) s. 216.

¹⁶³ Giertsen TfR-1995-621 s. 294, Frantzen (2002) s. 216.

¹⁶⁴ Thue (2002) s. 412.

selv om de senere skulle opprette felles bopel i et annet land.¹⁶⁵ Det var tidligere slik at anvendelig rett skiftet øyeblikkelig, men dette ble endret til to år ved endringsforekomsten i 2006. Utgangspunktet for fristen vil være fra det tidspunkt da begge ektefellene er bosatt i det nye landet. Hensynet bak endringen er at det har blitt større materielle forskjeller på de nordiske lands regler om ektefellers formuesforhold, slik at det er rimelig å gi ektefellene en viss "tilpasningstid" til å inngå en rettsvalgsavtale. Regelen om øyeblikkelig skifte av rettssystem gjelder imidlertid fortsatt dersom ektefellene flytter til et nordisk land der de begge er statsborgere eller tidligere har bodd.¹⁶⁶

5.2.3 Gjelder uforanderlighetsprinsippet ubetinget?

I nyere teori antas det at formuesordningen er foranderlig, og at den også bør være det. Inntil Høyesterett eventuelt avsier en dom som bygger på foranderlighet, eller foranderlighet vedtas ved lov, er det likevel nærliggende å hevde at uforanderlighetsprinsippet fremdeles gjelder på sedvanerettslig grunnlag.¹⁶⁷ Det er likevel grunn til å spørre seg om uforanderlighetsprinsippet gjelder ubetinget.

Uforanderlighetsprinsippetets kjerneområde er reguleringer av formuesforholdet internt mellom ektefellene mens ekteskapet består, og ved oppgjøret ved endt ekteskap. Prinsippet slår derfor ikke ubetinget gjennom ved spørsmål om ektefellenes forhold knyttet til omverdenen, som for eksempel kreditorer. Gyldigheten av og innholdet i avtaler inngått med tredjepersoner bestemmes av retten som kommer til anvendelse etter rettsvalgsreglene for kontrakter.¹⁶⁸ Dette er egentlig ikke et unntak fra uforanderlighetsprinsippet, fordi forholdet faller utenfor det området som er regulert.

Thue mener at mye av kritikken er mot uforanderlighetsprinsippet er forfeilet, fordi det ikke er avklart hvilke sider ved formuesordningen som internasjonalprivatrettslig forblir uforandret etter et domisilskifte, og hvilke som ikke blir det. Flere forfattere har for eksempel pekt på forholdet til tredjemenn, jf. ovenfor, som et argument mot uforanderlighetsprinsippet. Thue peker derfor på at *"kritikken ved uforanderlighetsprinsippet synes å ha som implisitt utgangspunkt at alle sider ved formuesordningen skal reguleres av utenlandsk rett"* og viser til at starter med en nyere internasjonalprivatrettslig lovgivning har egne regler på dette området. I tillegg nevner han betydningen av norske inngrepsregler for et ektepar som bor her med en

¹⁶⁵ Bull, L06.02.1931 note (5).

¹⁶⁶ Bull, L06.02.1931 note (6).

¹⁶⁷ Frantzen (2002) s. 221.

¹⁶⁸ Thue (2002) s. 406-407.

utenlandsk formuesordning.¹⁶⁹ Thue viser til bestemmelsene i ekteskapsloven som *”bærer sterkt preg av å være ordensmessige og sosialpolitiske reguleringer”*, og som etter sin begrunnelse *”nok har kvaliteten inngrepsnormer”*, som også får anvendelse på ektefeller med en utenlandsk formuesordning. Et eksempel på en slik regel finner vi i ekteskapsloven § 32 flg. om at eksempelvis disposisjoner over felles bolig og innbo krever samtykke fra ektefelle.¹⁷⁰

Frantzen har i sin bok¹⁷¹ listet opp noen tilfeller som er omfattet av uforanderlighetsprinsippet men hvor foranderlighet likevel bør godtas. I boken *”Ekteskapsloven med kommentarer”* skriver Holmøy, Lødrup og Asland at *”Vår forsiktige konklusjon er at formuesordningen etter norsk rett bygger på et ”uforanderlighetsprinsipp”, men at det er grunnlag for modifikasjoner og at de modifikasjoner Frantzen nevner (...), må etter vårt syn være utvilsomme”*.

Frantzen nevner for det første at foranderlighet i noen tilfeller må legges til grunn når ektefellene ikke hadde felles domisil ved ekteskapsinngåelsen. Det er også lagt til grunn at formuesordningen er foranderlig når det gjelder flyktninger.

Videre nevner Frantzen at det heller ikke utelukkes at formuesordningen er foranderlig i tilfeller hvor ektefellene kun var bosatt i første felles domisilland i svært kort tid, og deretter svært lenge i et annet land. I disse tilfellene vil ektefellene som regel ha en sterkere tilknytning til siste bopelsland fremfor det første, men dette er ikke alltid tilfellet. Det er for eksempel mange innvandrere som selv etter å ha bodd 20 år i første domisilland, og 30 år i siste, har en sterkere kulturell tilknytning til sitt første domisilland. Dette avhenger for eksempel av hvor godt integrert de er i sitt siste domisilland. Frantzen nevner foranderlighet der hvor *”ektefellene har fått en klart nærmeste tilknytning til et annet land enn til sitt første felles domisilland”* som en mulig løsning. Utfordringen med en slik regel er at det er vanskelig å få en klar regel selv om man oppstiller et slikt klarhetskrav.¹⁷² Ektefeller flest vil nok ikke tenke nevneverdig over hvilken rett som skal få anvendelse på sin skilsmisse før ekteskapet oppløses, og da vil denne regelen minne veldig om Irma Mignon-formelen. Som vi har sett ovenfor, byr formelen på problemer, og motvirker det overordnede formålet om klare og faste rettsvalgsregler. Ektefellene vil som regel ha mulighet til å avtale seg til den formuesordning de selv synes er mest ønskelig etter den stats rett formuesordningen deres er underlagt.

¹⁶⁹ Thue (2002) s. 406-407.

¹⁷⁰ Thue (2002) s. 408.

¹⁷¹ Frantzen (2002) s. 221.

¹⁷² Frantzen (2002) s. 214.

I de tilfeller hvor ektefellene har sitt siste domisil i Norge, og ønsker at norsk rett skal komme til anvendelse på deres økonomiske oppgjør, synes dette i praksis i være uproblematisk. Strøm Bull skriver i sin artikkel ”Lovvalg i saker om økonomiske forhold mellom ektefeller” at *”Ektefellene må i forbindelse med en konkret sak kunne avtale at norsk rett skal legges til grunn. Men svært ofte blir norsk rett lagt til grunn uten videre”*¹⁷³ I utgangspunktet skal domstolene av eget tiltak (ex officio) ta opp spørsmålet om rettsvalg, men det er *”sjelden man ser at domstolene tar opp spørsmål om lovvalg.”*¹⁷⁴

Selv om uforanderlighetsprinsippet fremdeles gjelder etter norsk rett, står det ikke like sterkt i dag som det har gjort tidligere.¹⁷⁵ Hvis også rettspraksis, og da særlig i Høyesterett, legger de ovennevnte unntakene til grunn, kan det tyde på at også norsk rett er på vei vekk fra uforanderlighetsprinsippet.

Allerede i 1982 ble det utarbeidet et lovutkast om lovvalget for ektefelles formuesforhold hvor prinsippet om formuesforholdets uforanderlighet var fraveket. Hvis ektefellene hadde hatt bopel i Norge i mer enn fem år, så skulle norsk rett gjelde. I motivene het det at uforanderlighetsprinsippet *”har vist seg lite hensiktsmessig i praksis”*. Dette lovutkastet ble imidlertid lagt på is.¹⁷⁶ Giertsen hevder at dette lovutkastet *”viser at Lovavdelingen har sett kritisk på et prinsipp om at lovvalget for formuesordningen skal være uforanderlig”*¹⁷⁷ Selv om dette nok er riktig, har oppfatninger i Lovavdelingen nokså lav rettskildemessig vekt. Likevel viser det at også Lovavdelingen har sett svakheter ved uforanderlighetsprinsippet som kanskje ikke er det rimeligste i alle tilfeller.

Tendensen internasjonalt er at stadig flere land går over til foranderlighet. Sveits, Sverige og Italia har gått over til at formuesordningen er foranderlig.¹⁷⁸ Tysk rett, som tidligere har bygget på uforanderlighetsprinsippet, går også retning av å gi større plass for foranderlighet.¹⁷⁹ I landene som har gått vekk fra uforanderlighetsprinsippet, er det opp til ektefellene selv å ivareta sine egne rettigheter ved at det er innført en adgang for ektefellene til å selv velge hvilket lands rett som skal regulere deres formuesforhold.¹⁸⁰

¹⁷³ Strøm Bull TfR-1993-525 s. 532.

¹⁷⁴ Strøm Bull TfR-1993-525 s. 531, jf. tvl. §11-3.

¹⁷⁵ Thue (2002) s. 412.

¹⁷⁶ Giertsen TfR-1995-621 s. 290.

¹⁷⁷ Giertsen TfR-1995-621 s. 289-290.

¹⁷⁸ Frantzen (2002) s.c206.

¹⁷⁹ Giertsen TfR-1995-621 s. 294

¹⁸⁰ Thue (2002) s. 412.

Haagkonvensjonen av 1978 om ekteskapsinngåelse og anvendelig rett på ektefellers formuesforhold¹⁸¹ bygger også på foranderlighet. Den er kun ratifisert og trådt i kraft Frankrike, Nederland og Luxembourg, og gjelder således ikke for Norge. Likevel gir konvensjonen en antydning om i hvilken retning utviklingen går. Etter konvensjonen endres formuesordningen dersom ektefellene får vanlig bosted i et land de begge er statsborgere. Dersom de erverver statsborgerskap i et annet land enn der de har vanlig bosted, endres også rettsvalget fra samme tidspunkt. I andre tilfeller endres formuesordningen fra tidspunktet ektefellene har hatt samme vanlige bosted i en stat i 10 år, jf. art.7. Etter Haagkonvensjonen har foranderlighet kun virkning for fremtiden, jf. art. 8 første ledd. Reglene kommer kun til anvendelse dersom ektefellene ikke har inngått noen rettsvalgsavtale, hvilket det er adgang til etter konvensjonen.¹⁸²

En kan også se tendenser i norsk rett på at en er på vei bort fra uforanderlighetsprinsippet. I forarbeidene til ny skiftelovgivning er det uttalt at *”Det er også uklart om ektefeller beholder formuesordningen i første felles domisilland også etter at de er flyttet til et annet land.”*¹⁸³

Den nordiske familierettslige konvensjonen bygger som nevnt på foranderlighet, men dette betyr ikke i seg selv at norsk rett ønsker foranderlighet. Da konvensjonen ble vedtatt, hadde de nordiske landene nokså like materielle regler om formuesordningen, og hensynet til forutberegnelighet var derfor ivaretatt. De materielle forskjellene mellom regelsettene har imidlertid blitt større med årene, og dette var bakgrunnen for at konvensjonen ble revidert og foranderligheten ikke lenger inntrådte øyeblikkelig, men først etter 2 år. Likevel har Norge fremdeles ikke sagt opp konvensjonen, og dette kan tyde på at norsk rett ikke lenger ser med like kritisk blick på foranderlighet.

Uttalelsen i skiftelovens forarbeider samt at det antas å gjelde unntak for uforanderlighetsprinsippet viser at prinsippet ikke lenger står like sterkt som det har gjort tidligere. Likevel gjelder det inntil Høyesterett har avsier en dom som går i motsatt retning, eller det blir innført ved lov.

5.3 Ektefellenes adgang til å inngå rettsvalgsavtaler

Det er i de fleste lands rett adgang for ektefellene til å inngå avtaler om formuesordningen. I de tilfeller hvor ekteskapet er inngått og formuesordningen er etablert, vil det som regel være uproblematisk å inngå en slik avtale. Hva som kan avtales, og hvilke krav som stilles til avta-

¹⁸¹ Haagkonvensjonen av 14. Mars 1978 om ekteskapsinngåelse og anvendelig rett på ektefellers formuesforhold.

¹⁸² Franzten (2002) s. 206.

¹⁸³ NOU 2007:16 s.164

les form, er regulert gjennom de enkelte lands internrettslige lovgivning.¹⁸⁴ Etter norsk rett kan det for eksempel avtales at det ektefellene eier eller senere erverver, skal holdes utenfor delingen, altså en særeieavtale.¹⁸⁵

Spørsmålet blir vanskeligere der ektefellene er hjemmehørende i hver sin stat etter ekteskapsinngåelsen. Da reises spørsmål om hva de kan avtale, og hvilken form avtalen skal ha.¹⁸⁶ Utgangspunktet er at man bør holde seg til formkravene som retten i landet formuesordningen er underlagt krever. Problemet er imidlertid at det ikke alltid er sikkert hvilket lands formuesordning dette er, og spesielt problematisk er dette når avtale om formuesordningen inngås ved ekteskapsstiftelsen uten at ektefellene ennå har opprettet et felles første domisil.¹⁸⁷

Etter norsk internasjonal privatrett skal ektefellenes første felles domisillands rett legges til grunn når de familieformuerettslige spørsmål avgjøres. Hensikten med å la domisilprinsippet være avgjørende, er at det er denne retten som best samsvarer med deres forventninger, fordi det er antatt at ektefelles første felles domisil også vil være deres hjemlands rett, og at det er denne retten ektefellene har sterkest tilknytning til.¹⁸⁸ I tilfeller hvor ektefellene ikke føler at deres sterkeste tilknytning er til første felles domisilland, blir spørsmålet om ektefellene har adgang til å inngå en avtale om at deres formuesforhold skal være underlagt en annen ordning enn det rettsvalsregelen tilsier.

Det er fremdeles usikkert etter gjeldende norsk rett om et ektepar har adgang til å avtale seg vekk fra formuesordningen de er underlagt, ved å inngå en såkalt ”rettsvalgsavtale”, også kalt ”lovvalgsavtale”.¹⁸⁹ Norsk rett regulerer ikke dette spørsmålet, men rettspraksis synes å gå i retning av å tillate rettsvalgsavtaler mellom ektefellene.¹⁹⁰

I tidligere nevnte ”Joint accounts”-dommen, uttalte Høyesterett følgende: *”Jeg finner ikke grunn til mer generelt å gå inn på spørsmålet om adgangen etter norsk rett til å inngå en avtale om lovvalget for ektefellers formuesforhold. Skal det komme på tale å godta en slik lovvalgsavtale, må dette iallfall forutsette at partene har truffet en klar avtale om lovvalget.”*¹⁹¹

¹⁸⁴ Thue (2002) s. 414.

¹⁸⁵ El. §42.

¹⁸⁶ Thue (2002) s. 414-416.

¹⁸⁷ Thue (2002) s. 414-416.

¹⁸⁸ NOU 2007: 16 s.167

¹⁸⁹ NOU 2007:16 s. 164.

¹⁹⁰ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 260.

¹⁹¹ Rt 1995 s. 1415 s.1420.

Dersom domstolene skal legge en slik avtale til grunn, må den altså være ”klar”. Hva som ligger i dette klarhetskravet er usikkert, men det må antas at avtalen i det minste må fylle de formkrav som det kreves etter det lands rett ektefellene har valgt. Etter norsk lov må avtaler om formuesordningen fylle formkravene til ektepakt, hvilket innebærer at avtalen må inngås skriftlig i nærvær av to vitner.¹⁹² De samme kravene bør derfor også stilles til rettsvalgsavtaler.

Flere forfattere av juridisk litteratur har argumentert for at rettsvalgsavtaler bør tillates. De begrunner dette med at den norske internasjonale privatrettens formål er å motvirke partenes usikkerhet og sikre en forutsigbar og enhetlig avgjørelse, uavhengig av hvilken stats domstol saken anlegges for.¹⁹³ Dersom ektefellene har mulighet til selv å velge hvilken rett deres formuesforhold skal være underlagt, vil dette være med på å sikre forutberegneligheten.

Vår rettsvalgsregel om at første felles domisillands rett skal være avgjørende, er etablert gjennom sedvanerett. Det er usikkert om hensynet til ektefellenes forutberegnelighet er nok til å fravike en slik regel. Klare rettsvalgsregler vil også styrke forutberegneligheten. At formuesordningen skal avgjøres etter ektefellenes første felles domisil er en klar rettsvalgsregel. Likevel er det som nevnt ikke alltid slik at ektefellene har hatt et første felles domisilland etter vielse, og det er heller ikke sikkert at det er dette landet ektefellene føler seg nærmest tilknyttet til. Ettersom vår lovvalgsregel er såpass lite fleksibel, vil da ektefellene få dekket sitt behov ved at de selv kan velge hvilket land de er nærmest tilknyttet til. De fleste ektepar har nok en forventning om at de ved etablering av formuesordningen og ved bopelsskifte står fritt til å velge hvilken stats rett de skal være underlagt, og en begrenset avtalefrihet vil nok derfor være mest i overensstemmelse med folks alminnelige rettsbevissthet. Ektefellene kan derfor bare velge formuesordningen i en stat som partene har en viss relevant tilknytning til.¹⁹⁴

I ”Hovedlinjer i internasjonal privatrett” hevder Cordes, Stenseng og Lenda at *”ektefellene i utgangspunktet de lege lata har en adgang til å foreta rettsvalg vedrørende deres formuesforhold.”*¹⁹⁵

Spørsmålet om det er adgang til å inngå en rettsvalgsavtale, var oppe i Borgarting Lagmannsrett i 2005. Saken gjaldt en norsk kvinne og en sveitsisk mann som hadde giftet seg i Sveits, hvor de hadde inngått en sveitsisk ektepakt. De flyttet deretter til Norge hvor de inngikk en norsk ektepakt. Spørsmålet for lagmannsretten var om denne ektepakten betød at de hadde

¹⁹² El. 54.

¹⁹³ Strøm Bull TfR-1993-525, jf. Cordes, Steneng og Lenda (2010) s. 259-262

¹⁹⁴ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 260-261.

¹⁹⁵ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 262.

inngått en rettsvalgsavtale om at norsk rett skulle legges til grunn, og om det var adgang til dette. Når det gjelder adgangen til å inngå rettsvalgsavtaler bemerket Lagmannsretten at det *"I norsk juridisk teori er det en alminnelig oppfatning at det bør være adgang til å inngå lovvalgsavtaler - iallfall i tilfelle der ektefellene velger retten i den stat hvor de senere tar bopel."*¹⁹⁶ Videre la Lagmannsretten vekt på at det i nesten alle andre land i Vest-Europa, med unntak av Danmark, var adgang til å inngå rettsvalgsavtaler. På bakgrunn av *"reelle hensyn, herunder ønskeligheten av at Norge bygger på de samme prinsipper som de fleste andre land i Vest-Europa, tilsier at det må være adgang til å inngå lovvalgsavtaler om formuesordningen i et tilfelle som dette, hvor begge parter har tatt fast bopel i Norge."*¹⁹⁷ Samme synspunkt kom til uttrykk i en i en kjennelse fra 2007 Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at de *"finder det klart at det er adgang til å inngå en lovvalgsavtale om formuesordningen, også når en slik avtale endrer et etablert lovvalg"*.¹⁹⁸ Avgjørelsene har riktignok ikke like tung rettskildemessig vekt som en Høyesterettsdom, men de synes likevel å gi uttrykk for den generelle rettsoppfatningen.

Den nordiske konvensjonen på familierettens område av 1931 åpner for at det kan avtales at retten i en av de andre konvensjonsstatene legges til grunn. I utkastet til ny forordning som regulerer formuesforholdet mellom ektefeller, er det åpnet for adgang til å inngå rettsvalgsavtaler. Ektefellene har imidlertid ikke full avtalefrihet når det gjelder hvilken stats rett de kan velge til å regulere formuesordningen. Ektefellene må ha en tilknytning til staten, og etter utkastet til ny forordning er de relevante tilknytningskriterier blant annet statsborgerskap, eller vanlig bosted ved avtalens inngåelse. Etter norsk rett må det nok også kreves at ektefellene må velge retten i et land de har nærmere tilknytning til.¹⁹⁹ På denne måten kan man også bedre sikre seg mot at avtaler er inngått av omgåelseshensyn og at den svakere part blir for dårlig beskyttet.

På bakgrunn av dette mener jeg det bør være adgang til å avtale at en annen stats rett som ektefellene har nær tilknytning til, skal kunne regulere deres formuesforhold. Dette vil blant annet fremme hensynet til en internasjonal enhetsløsning. Ved revideringen av ekteskapsloven er det åpnet for større avtalefrihet, og ektefellene kunne nok gjennom ektepakt ha avtalt seg til en løsning som tilsvarer det rettsvalget de finner ønskelig. For et ektepar som føler seg nærmere tilknyttet en annen stat, vil det nok likevel føles mer betryggende å avtale seg til denne stats rett, slik at de er garantert at det blir gjort gjeldene på alle sider av det økonomiske oppgjøret. Spørsmålet om det de lege laga er adgang til å inngå rettsvalgsavtaler er ikke lovregu-

¹⁹⁶ LB-2005-45021

¹⁹⁷ LB-2005-45021

¹⁹⁸ HR-2007-00194-U

¹⁹⁹ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 262.

lert, og det er heller ikke avsagt noen Høyesterettsdom som svarer bekreftende på spørsmålet. Likevel tyder nevnte avgjørelser og uttalelsen fra Høyesterett i ”joint accounts”-dommen på at det vil tillates. Etter dette må det mest sannsynlig legges til grunn at det foreligger en slik rett.

6 Vurdering av gjeldende rett, behov for lovgivning og harmonisering med EU-retten

6.1 Er domisilprinsippet den beste rettsvalgregelen for formuesordningen?

Hensynet bak rettsvalgsregelen om at første felles domisillands rett skal være avgjørende for ektefellenes etablerte formuesforhold er, som nevnt, at det er denne retten som best samsvarer med deres forventninger. Det antas at ektefellenes første felles domisil også vil være deres hjemlands rett, og at det er denne retten ektefellene har sterkest tilknytning til.²⁰⁰

Det har blitt langt mer vanlig med arbeid og studier over landegrensene, og EU/EØS-samarbeidet forenklet flytting eller lengre tids opphold i utlandet. En konsekvens av dette er at flere mennesker møter hverandre utenfor hjemlandene sine og gifter seg. I 2007 var 13% av ekteskapene som ble inngått i EU mellom mennesker fra ulike land i EU,²⁰¹ Så sett ut fra virkelighetens mangfold er dessverre ikke hovedregelen om første felles domisil lenger dekkende.²⁰² Problemet med hovedregelen om første felles domisil ligger i viljekravet. Dersom et par hvor partene kommer fra hhv. Norge og England velger å bosette seg i Frankrike etter vielsen, betyr ikke dette nødvendigvis at de har første felles domisilland i Frankrike. Heller ikke når de bosetter seg i en av partenes hjemland, vil de ha felles domisil. At de har bosatt seg i en stat er ikke nok, de må også ha til hensikt å forbli varig boende der. Forarbeidene til ny arvelov viser til at kravet til varighet ”innebærer at personen har til hensikt å forbli boende i rundt fem år eller mer”.²⁰³ Internasjonal privatrettslig domisil er ikke alltid like lett å oppnå, og det kan derfor gå år etter ekteskapets inngåelse til de har oppnådd felles domisil som regulerer formuesordningen. For de fleste aktualiserer ikke formuesordningen seg før ekteskapets opphør, og innen den tid har de fleste par oppnådd et felles domisil. Men i de tilfeller hvor ekteskapet oppløses før felles domisil er oppnådd, er vår hovedregel om lovvalg lite til hjelp, og man kan på bakgrunn av dette si at regelen om første felles domisil er for snever.²⁰⁴

²⁰⁰ NOU 2007:16 s. 167.

²⁰¹ KOM(2011)125 pkt.1.

²⁰² Thue (2002) s. 399.

²⁰³ NOU 2014:1 s. 176.

²⁰⁴ Thue (2002) s. 399.

I litteraturen har det vært diskutert hvorvidt vår lovvalgsregel om å la første felles domisilland være avgjørende for formuesordningen, er den mest hensiktsmessige løsningen. I de kontinental-europeiske land, med unntak av Sveits og Danmark, er det statsborgerprinsippet som har vært lagt til grunn som personalstatutt, og det har derfor ofte vært disse to lovvalgsregler som har vært sammenlignet.

Som nevnt er statsborgerprinsippet på mange måter ”enklere” enn domisilprinsippet, fordi skifte av statsborgerskap kan bevises med offisielle dokumenter, mens slike autorative bevis ikke finnes for domisil. Dersom statsborgerskap foreligger, er det også denne retten som skal avgjøre saken materielt. Domisil kan dessuten skifte raskt, hvilket gjør statsborgerprinsippet til et mer stabilt prinsipp.²⁰⁵ En ulempe med statsborgerprinsippet er likevel at stadig flere er statsborger i mer enn et land, og at det da blir det spørsmål om hvilket statsborgerskap som skal legges til grunn. Domisilprinsippet har sin styrke ved at det er dette landet ekteparet har valgt å bosette seg i, uavhengig av hvor de egentlig er statsborgere, og det kan være en indikasjon på at det er her ekteparet føler de har sin nærmeste tilknytning. Slik kan domisilprinsippet være mer individualistisk enn statsborgerprinsippet.

I en del europeiske konvensjoner finner vi at *résidence habituelle*, eller vanlig bosted, er bestemmende for rettsvalget. Dette er blant annet lagt til grunn i Haagkonvensjonen og i de europeiske forordningene på familierettens område. Det kan derfor være interessant å se på om også Norge burde benytte ”vanlig bosted” som tilknytningskriterium. Dersom norsk rett hadde benyttet vanlig bosted som tilknytningskriterium, ville dette utvilsomt vært med på å fremme hensynet til en internasjonal enhetsløsning.

I motsetning til det rettslige begrepet domisil, er *résidence habituelle* et faktisk begrep. Som nevnt er det ikke slik at de ulike land som benytter seg av domisilprinsippet legger det samme innholdet til grunn. Selv om det kan være ulik praksis rundt begrepet *résidence habituelle*, er det som forarbeidene til arveloven sier: ”*iallfall ikke belastet med slike festnede forskjeler som domisilbegrepet.*”²⁰⁶ Selv om det etter *résidence habituelle* ikke stilles krav til animus, eller vilje, til å forbli boende i landet er det likevel ikke slik at ethvert midlertidig opphold i en stat fører til at en person har fått vanlig bosted der. Man kan derfor si at ”*Det faktiske begrep «résidence habituelle» viser seg å falle sammen med, eller i hvert fall ligge meget nær til vårt generelle bopels- eller domisilbegrep.*”²⁰⁷

²⁰⁵ Thue (2002) s. 107-108.

²⁰⁶ Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.177.

²⁰⁷ Ot.prp.nr.36 (1968-1969) s.176-177 forarbeid til al. §54.

I forarbeidene til ny arvelov foreslår utvalget å benytte ”vanlig bosted” som tilknytningskriterium for når det kan skiftes i Norge,²⁰⁸ og at ”siste vanlig bosted” skal være bestemmende for rettsvalget i arveretten.²⁰⁹ Ved å benytte ”vanlig bosted” som tilknytningskriterium, vil det bidra til en internasjonal enhetsløsning. Bruzelius støtter dette forslaget i sin artikkel i ”Lov og Rett” og sier videre at: *”samtidig bør lovgiver vurdere å benytte ”vanlig bosted” som tilknytningskriterium i lovgivning hvor bopel i dag er benyttet som tilknytningskriterium i saker hvor partene har tilknytning til utlandet (...)”*.²¹⁰ Av hensyn til sammenhengen mellom arve- og familieretten, som særlig viser seg ved det økonomiske oppgjøret som følge av den ene ektefelles død, kan det være hensiktsmessig å ha like tilknytningskriterier innenfor disse to rettsområdene.

Fordelen med å benytte *résidence habituelle* som tilknytningskriterium ligger i fraværet av ”viljekravet”, fordi det er enklere å konstatere vanlig bosted enn fast bopel. For de som har tilknytning til mer enn én stat, vil det etter dette tilknytningskriteriet være lettere å forutse om en sak kan behandles i Norge, og om norsk intern rett vil få anvendelse. Rettsikkerheten for de som har inngått et ”internasjonalt ekteskap” vil slik bli sterkere, og på bakgrunn av dette mener jeg vanlig bosted burde bli lagt til grunn som tilknytningskriterium når det gjelder hvilken stats rett som skal anvendes på det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene.

6.2 Vurdering av vernetingsreglene

Når det gjelder reglene om når en ekteskaps sak kan anlegges i Norge, synes disse å favne vidt. Det kan vanskelig tenkes tilfeller der det vil være hensiktsmessig at en sak vil bli behandlet i Norge, men at saken likevel vil bli avvist, da reglene tar for seg alle relevante tilknytningsfaktorer.

Når det gjelder vernetingsregelen etter §30c, vil den ikke dekke alle tilfeller hvor det foreligger norsk domskompetanse etter § 30b. Dette er fordi regelen bestemmer at stedet ektefellene har alminnelig vernet, er i den rettskrets hvor saksøker eller saksøkte har bopel, eller der hvor *”ektefellene hadde sin siste bopel”*. Det er ikke gitt at ektefellene har bopel i noen rettskrets i Norge, selv om saken hører inn under norsk domsmyndighet, jf. §30b bokstav a til f.

Dette problemet er påpekt i *”Ekteskapsloven med kommentarer”*. Her står det imidlertid at *”Selv om § 30c er en særbestemmelse for ekteskaps saker som må gå foran den generelle be-*

²⁰⁸ NOU 2014: 1 s. 178.

²⁰⁹ NOU 2014: 1 s. 179.

²¹⁰ Bruzelius LoR nr.6 (2014) s. 314.

*stemmelsen i tvl. §4-3, må det antas at § 4-3 (2) kan supplere el. § 30c annet led når det foreligger norsk domskompetanse etter § 30b*²¹¹

Jeg antar at dette er en riktig antagelse, da §30c nettopp tar sikte på å regulere de tilfeller hvor ektefellene ikke har alminnelig vernetting i Norge.

Videre synes tvl. §4-3 å favne om de tilfeller hvor det vil være hensiktsmessig at en sak vil bli behandlet i Norge. Jeg vil anta at ”tilstrekkelig tilknytning” foreligger, dersom vilkårene i de spesielle vernetingsbestemmelsene i ekteskapsloven er oppfylt.

6.3 Behovet for lovfesting av gjeldende rett

Rettsvalgsregelen om første felles domisillands rett som bestemmende for det økonomiske oppgjøret mellom ektefellene, er utviklet gjennom rettspraksis og er ulovfestet lære på sedvanerettslig grunnlag. Det er derfor grunn til å spørre om det kan være hensiktsmessig å lovfeste rettsvalgsregelen. En slik lovfesting vil øke partenes forutberegnelighet ved at bestemmelsen blir lettere tilgjengelig.

Som tidligere nevnt er det antatt at ektefellene har adgang til å inngå en rettsvalgsavtale. Høyesterett har uttalt at rettsvalgsavtalen må være ”klar” dersom den skal godtas,²¹² og det er antatt at dette klarhetskravet er oppfylt dersom rettsvalgsavtalen er gjort i ektepakts form. Det er imidlertid ikke helt klart hvilket lands rett ektefellene kan avtale at skal være bestemmende for sin formuesordning, annet enn at ektefellene må ha en viss relevant tilknytning til det landets rett de velger skal være bestemmende for sitt økonomiske oppgjør.²¹³ For å klargjøre disse spørsmålene er det ønskelig med lovgivning på området, noe som igjen vil styrke partenes forutberegnelighet. Videre vil det med klare lovregler være lettere for advokater å yte god bistand til sine klienter i forbindelse med inngåelse av slike rettsvalgsavtaler.

Forhåpentligvis vil lovfesting av rettsvalgsreglene bli tatt opp ved neste revidering av ekteskapsloven, slik utvalget gjorde i forarbeidene til ny arvelov.²¹⁴

²¹¹ Holmøy, Lødrup og Asland (2013) s. 168.

²¹² Rt 1995 s. 1415 s.1420.

²¹³ Cordes, Stenseng og Lenda (2010) s. 262.

²¹⁴ NOU 2014:1

6.4 Behov for ensartede regler med Europa

Som jeg har redegjort for ovenfor, er det ønskelig med lovfesting av den internasjonale privatretten på familierettens område. I denne forbindelse oppstår spørsmålet om lovgiver burde tilpasse de norske rettsvalgsreglene slik at de blir tilnærmet like løsningene i de europeiske forordningene på familierettens område.

Både av hensyn til forutberegnelighet, og for å forhindre taktiske saksanlegg, er det meget ønskelig med harmoniserte regler på internasjonalt nivå.²¹⁵ Som nevnt har den internasjonale privatretten blitt et satsningsområde for det europeiske samarbeid på sivilrettens område, og EU satser tungt på harmonisering av internasjonalprivatrettslige regler.²¹⁶

Hvis ikke lovvalgsreglene er harmonisert, risikerer man at rettsforholdet blir regulert av forskjellig rett avhengig av hvor saken blir anlagt, og det åpnes for taktiske valg av verneting (forum shopping).²¹⁷ Så lenge landene legger ulike tilknytningsfaktorer til grunn for sin rettsvalgsregel, vil forum shopping kunne forbli et problem. Dersom et ektepar med tysk statsborgerskap har sin første felles bopel i Norge, kan de ha verneting i begge stater. Når det økonomiske oppgjøret etter den tyske rettsvalgsregelen foretas etter statsborgerskapets rett og det etter den norske rettsvalgsregelen foretas etter første felles domslands rett, kan det tenkes at en av ektefellene haster med å få sin sak anlagt for det vernetinget som vil legge den rett han eller hun vil komme best ut av til grunn. Selv om begge land legger sin hjemlands rett og samme hensyn til grunn, kan utfallet av det økonomiske oppgjøret likevel bli ganske forskjellig, og dette kan gå ut over den svakere part. Det vil også være misbruk av ressurser dersom det blir nødvendig å anlegge sak og avvente dommerens syn om hvilket lands rett som skal anvendes.

I forarbeidene til ny arvelov er forholdet til den internasjonale privatretten tatt opp. Ettersom Norge ikke er med i EUs justissamarbeid, vil parallelle regler være umulig å oppnå. Utvalget har uttalt at det likevel er av *”stor betydning om vi kan få regler om internasjonal skiftekompetanse og rettsvalg som i store trekk samsvarer med reglene i EU-forordningen.”*²¹⁸ Utvalget foreslår lovfesting av rettsvalgsregler på arverettens område, og uttaler videre at *”et hensyn ved utformingen av rettsvalgsreglene er å fremme hensynet til den internasjonale enhetsløsningen.”*²¹⁹ Videre sies det at: *”Hensynet til den internasjonale enhetsløsningen, altså hen-*

²¹⁵ Cordero-Moss, LoR (2009) s. 67.

²¹⁶ Cordero-Moss, LoR (2009) s. 68.

²¹⁷ Cordero-Moss, LoR (2009) s. 70.

²¹⁸ NOU 2014: 1 s. 177.

²¹⁹ NOU 2014:1 s.166.

synet til at en sak løses likt uavhengig av i hvilken stat saken avgjøres, tilsier at vi har samme rettsvalgsregler som i de statene vi har sterkest kontakt med. Det er ikke uten videre klart hvilke stater det er”²²⁰

Tradisjonelt har Norge hatt sterkest kontakt med de andre nordiske landene, og da spesielt Sverige og Danmark. Dette skyldes blant annet den geografiske nærheten som har muliggjort interaksjon mellom private subjekter i disse landene. Mellom de nordiske landene er rettsvalgsspørsmålene regulert gjennom den nordiske familierettskonvensjonen av 1931. Dette har sikret felles løsning på familierettslige spørsmål. Etter Finland, Sverige og Danmarks inntreden, og Islands søknad om medlemskap i EU, kan reguleringen av spørsmålet i disse statene imidlertid bli endret.²²¹ Danmark har imidlertid tatt forbehold og står foreløpig utenfor justissamarbeidet, men så langt har de ønsket å bli omfattet av de nye forordningene. Dette kan også få innvirkning på norsk rett og det internordiske samarbeidet. For eksempel måtte den nordiske konvensjonen om arv og dødsboskifte revideres og tilpasses den europeiske arveforordningen i 2012, slik at Sverige og Finland fortsatt skulle kunne anvende konvensjonen i internordiske forhold.²²² Det vil derfor være nærliggende å tenke at det vil være nødvendig med en revisjon av den nordiske konvensjonen også på familierettens område når utkastet til ny forordning er ferdigstilt. Dersom det internordiske samarbeidet skal fortsette, er Norge nødt til å akseptere disse endringene. Forhåpentligvis vil hensynet til den internasjonale enhetsløsningen også være tungtveiende ved endring av ny ekteskapslov, slik at Norge aksepterer tilpasning til de europeiske forordningene.

Videre er det ikke lenger slik at det kun er land vi ligger geografisk nær vi har sterk kontakt med. Gjennom Norges EØS-medlemskap er det i dag enklere for EU/EØS borgere å ta arbeid i andre EU/EØS-land, og det vil derfor være mange ektepar som har flestatlig tilknytning til hver sin EU/EØS stat.

Under pkt. 5.1.1 ble det vist til at vår rettsvalgsregel er lite til hjelp når ekteskapet opphører før ektefellene har etablert et første felles domisil, og i vi vil derfor stå overfor et ”rettstomt rom”. For å fylle dette rettstomme rommet har litteraturen forsøkt å oppstille alternative tilknytningskriterier, men disse er foreløpig ikke lovfestet. En mulig løsning for å fylle det rettstomme rom samtidig som man fremmer hensynet til en enhetsløsning, vil være å vedta rettsvalgsregler som i stor grad samsvarer med de som er oppstilt i utkast til ny forordning, og som for øvrig har lagt flere alternative tilknytningskriterier til grunn. Ettersom Norge ikke er medlem av det europeiske justissamarbeidet, vil det imidlertid være slik at tolkningen av de ulike

²²⁰ NOU 2014:1 s. 177.

²²¹ http://ec.europa.eu/enlargement/countries/check-current-status/index_en.htm (21.11.2014).

²²² NOU 2014:1 s. 176.

begrepene vil variere, men dette kan begrenses ved at Høyesterett forsøker å legge en autonom tolkning til grunn. Selv om helt ut parallelle regler kanskje ikke er mulig innenfor familieretten, vil det i det minste være et skritt i riktig retning av en internasjonal enhetsløsning dersom lovgiver vedtar rettsvalgsregler som i store trekk samsvarer med dem forordningen har lagt til grunn, i den grad det lar seg gjøre. På denne måten vil det internordiske samarbeidet kunne fortsette samtidig som vi løser problemet med gjeldende rettsvalgsregels utilstrekkelighet.

Men også land utenfor Europa har Norge god kontakt med. For eksempel har det vært lang tradisjon for nordmenn å reise til USA for å ”finne lykken”. Selv om det nok hadde vært ønskelig å samsvarende rettsvalgsregler med USA, vil dette være langt vanskeligere å oppnå ettersom hver delstat har sine egne rettsvalgsregler. En annen utfordring er at USA har en helt annen rettstradisjon og følger anglo-amerikaske retten, som er ulik norsk rett.

Det kan også nevnes at antall inngåtte mellom norske menn og utenlandske kvinner fra Thailand, Filipinene og Russland har økt betraktelig de siste årene.²²³ Dette viser at ”internasjonale ekteskap” ikke bare inngås mellom personer som bor geografisk nær hverandre, og norsk rett i fremtiden vil kunne stå overfor ukjente rettstradisjoner. Likevel vil det være vanskelig, om ikke umulig, å oppnå de samme rettsvalgsregler i alle land. Men et skritt i riktig retning av en enhetsløsning vil være å tilpasse norske rettsvalgsregler slik at de blir tilnærmet like de resten av Europa benytter, ettersom det er disse landene vi har sterkest kontakt med gjennom EU/EØS-samarbeidet.

²²³ Lie (2994) Samfunnspeilet.

Litteraturliste

Bøker

- Cordero-Moss, Giuditta Internasjonal privatrett på formuesrettens område, Universitetsforlaget 2013.
- Cordes, Jørg, Laila Stenseng, og Peter Lenda Hovedlinjer i internasjonal privatrett, Cappelen Damm. 2. utgave, 1. opplag. 2010.
- Eckhoff, Torstein Rettskildelære 5. Utgave ved Jan Helgesen, Universitetsforlaget 2001.
- Frantzen, Torstein Arveoppgjør ved internasjonale ekteskap. Studier i norsk internasjonal privatrett med særlig vekt på gjenlevende ektefelles rettsstilling. Fagbokforlaget Vigmostad& Bjørke AS. 2002.
- Holmøy, Vera, Peter Lødrup og John Asland Ekteskapsloven og enkelte andre lover med kommentarer. Bind I. Gyldendal Norsk Forlag AS 2013. 3.utgave, 1. opplag 2013.
- Lundgaard, Hans Petter Gaarders innføring i internasjonal privatrett ved Hans Petter Lundgaard, Universitetsforlaget, 3. Utgave 2000
- Thue, Helge Johan Internasjonal privatrett – personrett, familierett og arverett. Gyldendal Akademisk. 1. utgave, 1. opplag 2002.

Artikler

- Bruzelius, Karin M. Domsil/bopel eller vanlig bosted – hvilken tilknytning skal vi kreve? I: Lov og rett nr.6 Årgang 53 (2014) s. 313-314.
- Cordero-Moss, Guiditta Domscommentar – En mer moderne og systematisk rettspraksis etter Bokhandleren i Kabul-dommen. I: Tidsskrift for rettsvitenskap

	skap (2010) s.819-842. Universitetsforlaget (2010).
Giertsen, Johan	Uskifte og lovvalg. I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1995) s 261-324. Universitetsforlaget (1995).
Lie, Benedicte	Stadig flere søker lykken med utenlandske ektefeller. I: Samfunnspeilet 2004/3. (2004) Publisert 16. Juni 2004. (SSB).
Nesvik, Marie	Hvor arbeider flypersonell? I: Lov og rett nr. 7 Årgang 52 (2013) s. 468-487
Støm Bull, Kirsti	Lovvalg i saker om økonomiske forhold mellom ektefeller. I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1995) s 525-541. Universitetsforlaget (1995)
Thue Helge Johan	Irma-Mignon formelen – En konfliktskapende regel? I: Tidsskrift for rettsvitenskap (1965) s 587-610. Universitetsforlaget (1965).

Lovgivning

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. August 1915 nr. 6 [OPPEHEVET].

Lov 19 des 1969 nr. 75 (Gjennomføring av nordiske konvensjoner).

Lov om arv m.m. av 3. mars 1972 nr. 5

Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

Konvensjoner

Den nordiske familierettslige konvensjon av 06. Februar 1931.

Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatrettslige bestemmelser om ekte- skap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll.

Haagkonvensjonen av 14. Mars 1978 om ekteskapsinngåelse og anvendelig rett på ektefellers formuesforhold.

Haagkonvensjonen av 14. Mars 1978 om om ekteskapsinngåelse og anerkjennelse av ekte- skap.

Luganokonvensjonen av 2007

Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, vedtatt i Lugano 30 oktober 2007.

EU forordninger

Brussel II

Rådets forordning (EF) nr.2201/2003 af 27. november 2003.

Om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsavgørelser i ægteskaps- sager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000

Roma III

Rådets forordning (EU) nr. 1259/2010 af 20.december 2010 om indførelse af et forstærket samarbejde om lovvalgsreglerne i forbindelse med skilsmisse og separation.

Forordning nr. 650/2012

Domsmyndighet, lovanvendelse, mv. i saker om arv.

KOM(2005)82

Grønbog: om lovvalg og kompetence i

KOM(2006) 399

skilsmisssager.

Forslag til rådets forordning om ændring av forordning (EF) nr. 2201/2003 for så vidt angår kompetence og om indførelse af lovvalgsregler i ægteskabssager.

KOM(2011) 125

Meddelelse fra kommisjonen til Europa-parlamentet, rådet, det europæiske økonomiske og sociale udvalg og regionsutvalget. Fjernelse af usikkerheder om internationale pars formueretlige forhold.

KOM (2011) 126

Forslag til forordning om kompetence, anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgjørelser i sager vedrørende formueforholdet mellem ægdefeller.

Rettspraksis

Rt 1923 II s 58

Rt 1931 s 1185

Rt 1942 s 214

Rt 1953 s 1132

Rt 1995 s1415

HR-2007-00194-U

Rt 2009 s 1537

Rt 2010 s 1197

Rt 2011 s 531

Rt 2012 s 57

Rt 2012 s 1951

LB-2005-45021

Forarbeider

NOU 2001:32 B rett på sak

NOU 2007:16 s. 164

NOU 2009: 5

NOU 2014:1

Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ny skiftelovgivning

Farskap og annen morskap

Ny arvelov

Proposisjoner

Ot.prp.nr.19 (1962-1963)

Om endring av lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 når det gjelder jurisdiksjonsmyndighet i ekteskapsaker.

Ot.prp.nr.36 (1968-1969)

Lov om arv m.m.

Ot.prp.nr.33 (2007-2008)

Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles ekteskapslov for heterofile og homofile par)

Lovkommentar

Sigurd Holter Torp; med assistanse av Vidar Riksfjord.

Rettsdata lovkommentar, L17.06.2005 nr.90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D90z2EzA74z2D4#gN20050617z2D90z2E115> (sist åpnet 3.november 2014)

Steinar Mageli.

Rettsdata lovkommentar til L13.08.1915 nr. 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). [OPPHEVET]

<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19150813z2D6z2EzA7419A> (Sist åpnet 24. november 2014).

Henrik Bull

Rettsdata lovkommentar til L06.02.1931 Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige inneholdende internasjonal-privatretslige bestemmelser om ekteskap, adopsjon og vergemål med sluttprotokoll, I: Gyldendal Rettsdata.

<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19310206> (sist åpnet 24. november 2014).

Tone Sverdrup.

Rettsdata lovkommentar L04.07.1991 nr. 47

Lov om ekteskap.

<http://rettsdata.no/direkte?grlink=gL19910704z2D47> (Sist åpnet 30. oktober 2014).

Nettsider

EUs hjemmeside:

http://ec.europa.eu/enlargement/countries/detailed-country-information/iceland/index_en.htm (Sist åpnet 24. November 2014).